Die Bedeutung der Anstellungsurkunde nach §1 Satz 2 des Gesetzes betreffend die Anstellung und Versorgung der Kommunalbeamten vom 30. Juli 1899

Dissertation

zur Erlangung der juristischen Doktorwürde
bei der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der Schlesischen Friedrich-Wilhelms-Universität zu Breslau
Vorgelegt von

Herbert Schramm

1930

Spezialdruckerei für Dissertationen Dr. Hermann Eschenhagen K.-G., Ohlau i. Schl.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Gedruckt mit Genehmigung
der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Breslau

Berichterstatter: Geh. Regierungsrat Professor Dr. Helfritz

Plan:

	Seite
A. Einleitung.	1
B. Die Entstehungsgeschichte des Kommunalbeamtengesetzes.	
1) Gründe für sein Entstehen:	
a) Die Verschiedenheit des Rechts in den einzelnen Provinzen.	2
b) Die auseinandergehende Rechtsprechung der höchsten Gerichtshöfe.	4
2) Die Gesetzesentwürfe und deren Beratung im Herren- und Abgeordnetenhaus.	
a) Vorschläge der Kommunalbeamten und des preußischen Städtetages.	5
b) Ablehnung der ersten beiden Entwürfe.	6
c) Der dritte Entwurf und seine Beratung im Herrenhaus.	7
d) Stellungnahme des Abgeordnetenhauses.	8
3) Die Entstehungsgeschichte zu § 1 Satz 2 KBG.	
a) Das Ergebnis der Verhandlungen im Herren- und Abgeordnetenhaus.	9
b) Die Erklärung des Regierungsvertreters in der Kommission des Abgeordnetenhauses.	9
c) Der Wortlaut des § 1 Satz 2 KBG. und seine Auslegung.	10
d) Begründung und Ausführungsanweisung des Ministers zu § 1 Satz 2 KBG.	11
C. Wissenschaft und Rechtsprechung zu § 1 Satz 2 KBG.	12
1) Allgemeines.	
2) Die Rechtsprechung des Oberverwaltungsgerichts.	13
3) Die Rechtsprechung des Reichsgerichts.	16
4) Vertreter der konstitutiven Bedeutung der Anstellungsurkunde.	21
5) Gegenmeinungen. Kommunalbeamte auch ohne Anstellungsurkunde.	30
D. Untersuchungen zu dem Satz: Beamter durch Uebertragung obrigkeitlicher Funktion	
1) Betrachtungen zur Rechtsprechung des Beamtentums:	33
a) von seiner Grundlegung bis zur Neuzeit.	35
b) Rückblick und Lehren.	37
c) Die Lehren Heffters, Blunschlis u. a. vom Beamtenbegriff.	38
d) Die Lehre Labands.	39
e) Beamter und Staat.	40
3) Kein Kommunalbeamtenverhältnis durch Uebertragung obrigkeitlicher Funktion	42
4) Angestellte im öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis.	43
E. Schlußbetrachtung.	47

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41546319_0085

Literaturverzeichnis.

Anschütz, Gerhard: Deutsches Staatsrecht i. v. Holtzendorff-Kohler, Enzyklopädie der Rechtswissenschaften, Bd. IV, 2. Aufl. 1914.

Aßmann: Das Beamtendienstverhältnis der preußischen Gemeindebeamten. 1910.

v. Bitter: Handwörterbuch der preußischen Verwaltung. I. 3. Aufl. 1928.

Bluntschli: Allgemeines Staatsrecht. 2. Aufl. 1857.

Brand: Beamtenrecht. 3. Aufl. 1929.

Brand: in: v. Brauchitsch: „Verwaltungsgesetze für Preußen. Bd. VIII. Berlin 1930.

Bornhak: Grundriß des deutschen Staatsrechts. Leipzig 1907.

Bornhak: Preußisches Staatsrecht. 2. Aufl. 1912.

Brauchitsch, M. v.: Verwaltungsgesetze für Preußen. Bd. VII und VIII. s. Brand und Helfritz.

Brunner, H.: Deutsche Rechtsgeschichte. 2. Aufl. 1906.

Cornelius: Artikel: Rechtliche Bedeutung und Auslegung der Anstellungsurkunde, i. PrVBl. 42, S. 241.

Cornelius: Artikel i. d. Ztschr. „Der Kreisbeamte". 1927. Nr. 20, S. 120.

Ebner: Rechtsverhältnisse der städtischen Gemeindebeamten, im: Verwaltungsarchiv, 8,297.

Eckstein, Ernst: Der Beamtenbegriff im privaten und öffentlichen Recht, im: Arch. f. öff. R. 27, 487.

Engelbrecht: Artikel: Städtischer Nachtwächter als Polizeibeamter, im: Preuß. Kommunal-Archiv. 3, S. 575.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen.

Entscheidungen des preußischen Oberverwaltungsgerichts.

Freytag: Das Kommunalbeamtengesetz. 2. Aufl. Berlin 1905.

Friedrichs: Artikel „Beamtenrecht" im: Handwörterbuch der Rechtswissenschaften v. Stier-Somlo. I. Bd. Berlin 1926.

Friedrichs: Artikel Kommunalbeamte ohne Anstellungsurkunde, in: Zeitschrift für Beamtenrecht von Jaques Araham. 1. Bd. S. 267 ff.

Friedrichs: Preußisches Kommunalbeamtenrecht. Berlin 1926.
Gareis: Allgemeines Staatsrecht, in: Marquardsens Hdb. d. öff. Rechts. Bd. I.
Gerber: Grundzüge des Staatsrechts. 1869.
Gierke, Otto von: Das deutsche Genossenschaftsrecht. 1868.
Gordan: Artikel: Gemeindebeamte, im: Handwörterbuch d. Kommunalwissenschaften von Brix-Lindemann. 2. Bd. Jena 1922.
Handwörterbuch der Kommunalwissenschaften von Brix-Lindemann. (siehe Gordan.)
Heffter: Beiträge zum deutschen Staats- und Fürstenrecht. 1829.
Helfritz, Hans: Grundzüge des Beamtenrechts. Berlin 1929.
Helfritz, Hans: Grundzüge des preußischen Kommunalrechts. 2. Aufl. 1927.
Illing-Kautz: Handbuch für preußische Verwaltungsbeamte. 9. Aufl. Bd. I.
Jaschkowitz: Artikel: „Der Vertrag im Beamtenrecht", im: Arch. f. öff. R., 56, 374.
Jebens: im PrVBl. 21, 55.
Jebens: Artikel: Zum Kommunalbeamtengesetz vom 30. 7. 1899, im: PrVBl. 27, 100.
Jellinek, Walter: Verwaltungsrecht. 2. Aufl. Berlin 1929.
Jellinek, Walter: in der Festgabe für das preußische Oberverwaltungsgericht: Eingemeindungsrecht und preußisches Oberverwaltungsgericht.
Kappelmann: Die Städteordnung vom 30. 4. 1853. Berlin 1911.
Kautz-Appelius: Preußisches Kommunalbeamtenrecht. 2. Aufl. Berlin 1912.
Kommunales Echo. Jahrg. 57, 58, 59.
Köttgen, Arnold: „Beamtenrecht" in Jedermanns Bücherei, Breslau 1929.
Köttgen, Arnold: Art.: „Grundsätzliches zum Recht der Beamtenanstellung", in: Ztschr. f. Selbstverwaltung. 12. Jahrg. Nr. 2 (1929).
Klüber: Art.: „Die Grundzüge des Beamtenrechts", im: Verwaltungs-Archiv. 31, 138.
Kremski: Preußische Kommunalbeamtengesetzgebung. Berlin 1901.
Laband: Das Staatsrechts des Deutschen Reichs. 5. Aufl. Tübingen 1911/12.

Langen, Gerhard: Der Formalakt im geltenden deutschen und preußischen Verwaltungsrecht. Breslauer Diss. 1929.
Ledermann-Brühl: Das Kommunalbeamtengesetz. 2. Aufl. Berlin 1914.
Ledermann-Brühl: Die Städteordnung für die sechs östlichen Provinzen. 2. Aufl. Berlin 1913.
Loevenich: Die Anstellung und Versorgung der Kommunalbeamten in Preußen. Hamm 1899.
Lotz: Geschichte des deutschen Beamtentums. 1909.
Lotz: Art.: „Begründung des Beamtenverhältnisses", im: Handb. d. kommunalen Verfassungs- und Verwaltungsrechts in Preußen. § 115, S. 595. (1926).
Matthias, Max: Die städtische Selbstverwaltung in Preußen. Berlin 1911.
Mayer, Otto: Deutsches Verwaltungsrecht. 2. Bd. 2. Aufl. 1917.
Möller, Adolf: „Begriff und Wesen des Beamten im formellen und materiellen Sinne", im: Beamtenjahrbuch. 1929. S. 291, 336 ff.
Nischk: Der preußische Kommunalbeamte. 2. Aufl. Leipzig 1927.
Nischk: Art.: „Die Begründung des Dienstverhältnisses der Kommunalbeamten", im: Kommunalen Echo. Jahrg. 59. S. 177 ff.
Nischk: Das Kommunalbeamtenrecht. Berlin 1929.
Oertel: Die Städteordnung für die sechs östlichen Provinzen. 6. Aufl. 1914.
Peters: Die Grenzen der kommunalen Selbstverwaltung in Preußen. Berlin 1926.
Preuß, Hugo: Das städtische Amtsrecht in Preußen. Berlin 1902.
Pözl: Art: „Staatsdiener", im: Deutschen Staatswörterbuch von Bluntschli-Brater. 1865. Bd. 9, S. 686 und Art.: „Amt" in Bd. I, S. 204 ff.
Rechtsprechung des preußischen Disziplinarhofs für nicht richterliche Beamte. Zusammengestellt im März 1930.
Rehm: „Die rechtliche Natur des Staatsdienstes nach deutschem Staatsrecht", in: Annalen des deutschen Reichs. 1884. S. 565 ff.; 1885, S. 63 ff.
v. Rheinbaben: im: Wörterbuch des deutschen Staats- und Verwaltungsrechts, von Stengel-Fleischmann, Bd. I, Tübingen 1911.
Richter, Lutz: Organisationsgewalt, Verwaltungsreform und Rechtsprechung. 1926.

Riekenberg, M.: Die Rechtsverhältnisse der preußischen Staatsbeamten und Kommunalbeamten. Berlin 1928.
Röthig: Das Recht der städtischen Beamten nach dem Stande der jetzigen Gesetzgebung. Im: PrVBl. 42, 161.
Rosenthal: „Der Entwurf eines preußischen Gemeindebeamtenrechts", im: PrVBl. 19, S. 477, 20, 513.
Schoen, Paul: Das Recht der Kommunalverbände in Preußen. Leipzig 1897.
Seuffer L. A.: Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten. Bd. 82, S. 243.
Stein, L. v.: Verwaltungslehre. 1. Teil. 1869.
Stenographische Berichte der 4. Sitzung des Herrenhauses vom 2. 2. 1899.
der 9. Sitzung des Herrenhauses v. 9. 5. 1899.
der 68. Sitzung des Abgeordnetenhauses vom 17. 5. 1899.
Stier-Somlo: Art.: „Zum Kommunalbeamtengesetz", im: Verwaltungs-Archiv, 10, 566.
Stier-Somlo: Handbuch des kommunalen Verwaltungs- und Verfassungsrechts in Preußen. 1916. (s. Lotz).
Stier-Somlo: Handwörterbuch der Rechtswissenschaften. 1927, S. 289, S. 595.
Vogels: im: Verwaltungs-Archiv, 31, 58 ff.
Vogels: Art.: „Zur Reform des Kommunalbeamtengesetzes in Preußen", im: PrVBl. 40, 477.
Vogels: Der Kommunalbeamtenbegriff des preußischen Rechts. Berlin 1926.
Vogels: Anstellung und Versorgung der Kommunalbeamten. Berlin 1927.
Wacke, Gerhard: Die Rechtsstellung der kommunalen Dauerangestellten in Preußen. Berlin 1929.
Weise: Art.: „Die Anstellung der Gemeindebeamten", im: PrVBl. 18, 25.
Wölbling: Das Recht der Gemeindebeamten und Angestellten. Berlin 1913.
Zeitschrift für Beamtenrecht. 1928/29. S. 33.
Zeitschrift für Selbstverwaltung. 12. Jahrg. Nr. 2. (siehe Köttgen).
Zeitschrift „der Kreisbeamte". 9. Jahrg. Nr. 21. (siehe Cornelius).
Zachariä, H. A.: Deutsches Staats- und Bundesrecht. 1867. 2. Teil.

A.

Einleitung.

Die Berufung zu einem städtischen Amt ist ein Akt der mittelbaren Organbestellung,[1] d. h. sie erfolgt entweder durch Wahl (z. B. Bürgermeister, Magistratsmitglieder, Gemeindevorsteher) oder durch den Beschluß der zur Anstellung der Beamten berufenen städtischen Organe. Von jeher war es streitig gewesen, in welcher Form dieser Vorgang nach außen hin wirksam hervortritt. Auch der vielgerühmte zweite Satz des § 1 des Kommunalbeamtengesetzes vom 30. 7. 1899, demzufolge die Begründung des Beamtendienstverhältnisses bei besoldeten Kommunalbeamten nur durch Aushändigung einer Anstellungsurkunde vor sich gehen soll, hat keineswegs einen so zweifelsfreien Rechtszustand geschaffen, wie ihn der Gesetzgeber wünschte. Abweichend vom preußischen Oberverwaltungsgericht, das die Begründung eines Beamtendienstverhältnisses bei Kommunalbeamten ohne Aushändigung einer Anstellungsurkunde nicht anerkennt, steht das Reichsgericht grundsätzlich auch in seinen Entscheidungen aus neuester Zeit auf dem Standpunkt, daß mit der Uebertragung hoheitsrechtlicher Funktionen die Verleihung der Beamteneigenschaft mit Rechtsnotwendigkeit verbunden ist, und zwar nicht nur nach außen hin, sondern auch im Innenverhältnis zu der betreffenden öffentlichen Körperschaft.

Diese vom Reichsgericht geübte jahrzehntelange, einheitliche Spruchpraxis wird von seiten der Komunalbeamten lebhaft begrüßt als ein Schutz gegen die gerade in neuerer Zeit überhandnehmende Willkür der Gemeinden bei der Stellenbesetzung. Immer mehr würden die den Beamten ausdrücklich vorbehaltenen Stellen sog. Dauerangestellten übertragen.[2] Dieser Zustand dürfe nicht legalisiert werden. Die Recht-

1) Preuß, Städtisches Amtsrecht (1902). S. 379.

2) Daran hat auch die vom preußischen Landtag im Jahre 1927 (Drucksache Nr. 6039) gefaßte Entschließung, die Staatsregierung aufzufordern, dafür zu sorgen, daß grundsätzlich alle dafür geeigneten Stellen in Beamtenstellen umgewandelt werden, im wesentlichen nichts geändert.

sprechung des Reichsgerichts ist daher für sie die wichtigste Stütze zur Erhaltung des Berufsbeamtentums.

Demgegenüber erklären die Gemeinden und Gemeindeverbände diese Rechtsprechung des Reichsgerichts für unhaltbar. Sie bringe in die Dienstverhältnisse der kommunalen Funktionäre ein Moment der Rechtsunsicherheit hinein, das umso unerfreulicher sei, als die Träger der öffentlichen Verwaltung auf festen Rechtsboden als Grundlage ihrer Arbeit angewiesen sind.[3] Das Reichsgericht stelle sich in seinen Entscheidungen über den Gesetzgeber und betrachte sich gewissermaßen als dessen Aufsichtsbehörde. Vor allem aber stehe seine Rechtsprechung im Widerspruch zu der Entstehungsgeschichte des Kommunalbeamtengesetzes.

Den Ursachen, die zur Schaffung eines preußischen Kommunalbeamtengesetzes drängten, sind daher die folgenden Untersuchungen insbesondere gewidmet. Daran schließt sich eine Darstellung und Kritik der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des preußischen Oberverwaltungsgerichts sowie der diesen strittigen Punkt behandelnden Literatur.

B. 1.

a) Die Verschiedenheit des Rechtes in den einzelnen Provinzen.

Das Gesetz betreffend die Anstellung und Versorgung der Kommunalbeamten verdankt seine Entstehung den Mißständen, die sich aus dem die Anstellung der städtischen Beamten betreffenden geltenden Recht entwickelt haben. Für das Verständnis des Gesetzes kommt daher neben der Geschichte des städtischen Beamtenrechts besonders die Entwicklung der Bestimmungen über die Anstellung der städtischen Beamten in Betracht.[1]

Der Begriff des Komunalbeamten zum Unterschied von den Staatsbeamten hinsichtlich der Art und Dauer der Anstellung war dem Allgemeinen Landrecht noch fremd. Erst durch die preußische Städteordnung vom 19. 11. 1808 ist er in die preußische Gesetzgebung eingeführt worden. Das Allgemeine Landrecht unterscheidet in seinem von den Staats-

3) Vgl. Loewe, i. JW. 29, 3342 Anm.
1) Vgl. hierzu Freytag, Das KBG. S. 1 ff. Ledermann-Brühl, Das KBG. S. 10 ff.

dienern handelnden zehnten Titel T. II. Militärbediente und Zivilbeamte. Zu diesen gehören alle Beamte des Staates, die nicht zum Militärstande gehören. Sie stehen entweder im unmittelbaren Dienste des Staates oder gewisser demselben untergeordneten Kollegien (§§ 68, 69 a.a.O.). Hierauf beruht auch die Unterscheidung in unmittelbare und mittelbare Staatsdiener oder Beamte. Hinsichtlich der Anstellung und Versorgung galten die Kommunalbeamten aber als Staatsbeamte, deren Bestimmungen daher auch auf sie Anwendung fanden. Kein Vorgesetzter oder Departementschef durfte einen Zivilbeamten wider seinen Willen einseitig entsetzen oder verabschieden; Amtsverbindungen, deren Dauer durch die Natur des Geschäfts oder durch ausdrücklichen Vorbehalt auf eine gewisse Zeit eingeschränkt waren und die mit dem Ablauf der Zeit von selbst erloschen, waren zugelassen (§§ 98, 102 ALR. II 10). Die Möglichkeit, auch die Kommunalbeamten auf Zeit anzustellen, war damit anerkannt.

Die Städteordnung vom 19. 11. 1808 verlangte dagegen im § 157 für die Unterbeamten des Magistrats lebenslängliche Anstellung, um bei dem beständigen Wechsel der Magistratspersonen eine Abhängigkeit der Unterbeamten von dem jeweiligen Magistrat zu vermeiden. Auch weiterhin wurde das Prinzip der lebenslänglichen Anstellung beibehalten. Abweichungen davon brachten die Kabinettsordre vom 25. 5. 1828 und die revidierte Städteordnung vom 17. 3. 1831, die für die nur zu mechanischen Dienstleistungen angenommenen Beamten der Städte die Anstellung auf Kündigung zuließen. Die Städteordnung für die sechs östlichen Provinzen vom 30. 5. 1853 fügte noch die weitere Ausnahme der zu vorübergehenden Dienstleistungen Angenommenen hinzu, die gleichfalls auf Zeit angestellt werden konnten.[2] Gleiche Vorschriften enthalten die Städteordnungen für die Provinz Westfalen vom 9. 3. 1856 (§§ 56 Nr. 6, 65 Abs. 2), die Städteordnung für den Regierungsbezirk Wiesbaden vom 8. Juni 1891 (§ 56 Nr. 6) und das Gemeindeverfassungsgesetz für die Stadt Frankfurt a. M. vom 25. 3. 1867 (§§ 67 Nr. 6 und 72 Abs. 2). Im Gegensatz hierzu gab der § 53, 6 der Städteordnung für die Rheinprovinz vom 25. 3. 1856 nur die Möglichkeit einer lebenslänglichen Anstellung der Gemeindebeamten und sah als Re-

2) § 56, 6 St.O. für die sechs östl. Provinzen.

gel die Anstellung auf Zeit oder Kündigung vor. Wieder anders verhielten sich die Gemeindeverfassungsgesetze für die neueren Provinzen sowie für Neu-Vorpommern und Rügen. In der Provinz Hannover sollten nach der revidierten Städteordnung vom 24. 7. 1858 (§ 45) die Stadtsekretäre und Kämmerer auf Lebenszeit ernannt werden; kleineren Städten blieben Ausnahmen vorbehalten. Für die übrigen Beamten ließen ortsstatutarische Bestimmungen einen weiten Spielraum, was auch zum Teil für die Schleswig-Holsteinsche Städteordnung vom 14. 4. 1869 gilt. Die Städteordnung für Hessen Nassau vom 4. 8. 1897 mildert, den an sich von ihr aufgenommenen Grundsatz der Lebenslänglichkeit der Anstellung, indem sie Abweichungen von ihm in bestimmten Formen zuließ.

Diese Verschiedenheit der Gesetzgebung machte es verständlich, daß auf seiten der Kommunalbeamten der Wunsch nach einer einheitlichen Neuregelung der Grundsätze über Anstellung, Besoldung, Pensionierung und Hinterbliebenenversorgung lebhaft wurde.

B. 1.

b) Die auseinandergehende Rechtsprechung der höchsten Gerichtshöfe.

Auf seiten der Kommunen aber waren infolge der Rechtsprechung des Reichsgerichts Rechtszustände eingetreten, die sowohl für die größeren als auch kleineren Kommunen einen geradezu unerträglichen Notstand bedeuteten. Die vom Reichsgericht gegebene Auslegung des Begriffs der „Anstellung" machte daher eine gesetzliche Neuregelung gleichfalls erforderlich.

Nach der Ansicht des Reichsgerichts[3] konnte die Anstellung eines städtischen Beamten sich auch stillschweigend vollziehen, indem es den Willen der Beteiligten, ein Beamtenverhältnis zu begründen, in der allgemeinen Lage des Falles, insbesondere in dem tatsächlichen Fortbestehen[4 5] eines Beschäftigungsverhältnisses dokumentiert fand, auch

3) RG. 37, S. 225 ff. — E. v. 10. 2. 1896.

4) RGZ. 30, 181; 37, 225; RGStr. 15, 244; JW. 1897, S. 357, Nr. 52; JW. 1898, S. 184, Nr. 81. Das OVG. benutzt die längere Zeit dauernder Beschäftigung zur Bejahung des Anstellungswillens in dem Erkenntnisse vom 13. 6. 1893 (PrVBl. 14, 497). Doch tritt seine entgegengesetzte Auffassung in den beiden Erkenntnissen vom 10. 1. 1890 wieder zu Tage (PrVBl. 11, 182).

5) Vgl. Ebner, Rechtsverhältnisse der städtischen Gemeindebeamten, S. 297 ff.

wenn dieses von vornherein zweifellos nicht als Beamtenverhältnis gedacht war und mindestens von seiten der Kommune, ein Beamtenverhältnis nicht zu begründen, ausdrücklich hervorgehoben worden war. Im Gegensatz hierzu hielt das preußische Oberverwaltungsgericht[6] an dem Grundsatz fest, daß die Anstellung eines Gemeindebeamten ausdrücklich erfolgen müsse und verwarf damit die Annahme einer stillschweigenden oder durch sog. konkludente Handlungen erfolgte Anstellung.[7]

Die Kommunen kamen durch die Judikatur des Reichsgericht in eine umso schwierigere Lage, als jeder einmal angestellte städtische Beamte, falls seine Dienste nicht nur mechanischer oder nur vorübergehender Natur waren, nach dem § 56, 6 St. O. f. d. 6 ö. Pr. zugleich auch als lebenslänglich angestellt anzusehen waren, und jede vom Magistrat der Anstellung etwa beigefügte Einschränkung insbesondere ein Kündigungsvorbehalt nach der Judikatur des Obertribunals[8], des Reichsgerichts[9] und des Oberverwaltungsgerichts[10] als rechtlich unwirksam erachtet wurde. Dazu kam noch, daß der Begriff der mechanischen Tätigkeit vom Reichsgericht einengend ausgelegt wurde und das Vorhandensein einer obrigkeitlichen und also beamtlichen Tätigkeit schon in Fällen angenommen wurde, in denen, wie bei den Nachtwachtbeamten, eine fachliche oder büromäßige Ausbildung keineswegs erforderlich war.[11]

B. 2.

a) Vorschläge der Komunalbeamten und des preußischen Städtetages.

Unter dem Drucke der Petitionen aus den Kreisen der Gemeindebeamten und der zu Städtetagen vereinigten Kom-

6) OVG. 18, 55 u. i. PrVBl. 1182.
7) Nach §§ 58, 59 I 4 ALR. werden Handlungen, aus denen die Absicht des Handelnden mit Zuverlässigkeit geschlossen werden kann, für stillschweigende Willenserklärung angesehen und diese haben mit den ausdrücklichen gleiche Kraft. — Das OVG. hält die Anwendung dieser privatrechtlichen Vorschrift auf die Anstellung als öffentlich-rechtlichen Vertrag für bedenklich, das Reichsgericht hat Bedenken nicht gehabt. Vergleiche hierzu PrVBl. 19, 161 ff. u. Preuß. Städtisches Amtsrecht (1902) S. 390.
8) Striethorst, Bd. 90, S. 220 (Archiv).
9) RG. 37, 225; PrVBl. 14, 87.
10) OGV. 12, 48; PrVBl. 14, 497.
11) OVG. 12, 48; 26, S. 27; RG. 37; 225, 241, PrVBl. 14, 497; 20, 54; 23, 181.

munen, in denen eine gesetzliche Neuregelung der Anstellungsverhältnisse der Gemeindebeamten erbeten wurden, beschloß das Abgeordnetenhaus am 22 66. 1897, die Kgl. Staatsregierung zu ersuchen, dem Landtage einen Gesetzentwurf vorzulegen, der die Frage der Anstellung der Gemeindebeamten, des Ruhegehalts und der Hinterbliebenenfürsorge regeln sollte. Maßgebend beeinflußt wurde dieser Entschluß durch die Verhandlungen des ersten allgemeinen preußischen Städtetages, der vom 29. bis 30. 4. 1896 zu Berlin tagte, und der in das Gesetz eine Bestimmung der Begriffe „Beamte" und „Anstellung" hereingebracht haben wollte.[12]

In den dort erstatteten Referaten wurde auf die Gefahr hingewiesen, die den Kommunen bei dem Mangel einer bestimmten Form für den Anstellungsvertrag droht. Nur zu leicht könnten dadurch nur zu vorübergehenden Dienstleistungen angenommene Personen, weil sie seit einer Reihe von Jahren im Dienste der Gemeinde beschäftigt und auch zeitweise mit sog. obrigkeitlichen Geschäften der Gemeindebeamten betraut wurden, in den Glauben geraten, ebensowohl Gemeindebeamte zu sein, wie die allerdings zum Teil gleichartige Arbeiten verrichtenden wirklich angestellten Gemeindebeamten. Diese Gefahr sei durch die Rechtsprechung des Reichsgerichts zu einer Kalamität für die Gemeindeverwaltungen geworden. Ein klares Unterscheidungsmerkmal für die öffentlich-rechtliche Anstellung im Gemeindedienst gegenüber der bloßen Beschäftigung auf Grund privatdienstlichen Engagements sei daher unbedingt notwendig. Der Städtetag suchte daher für die Anstellung ein sicheres Kriterium zu schaffen, in dem er vorschlug, daß sich die Anstellung nicht ohne ausdrückliche und schriftliche Anstellungsverfügung vollziehen dürfe.[13]

B. 2.

b) Ablehnung der ersten beiden Entwürfe.

Die ersten beiden Entwürfe entsprachen aber ganz und gar nicht diesen Wünschen des preußischen Städtetages. — Im ersten wurde davon Abstand genommen, eine Bestimmung darüber zu treffen, wann eine Anstellung als geschehen anzusehen sei, und daß sie sich insbesondere nur mittels ausdrück-

12) Stier-Somlo, In: Verw.Arch. 10, S. 566.
13) Weise, i. PrVBl. 18, 27. Rosenthal, i. PrVBl. 19, 477.

licher Erklärung oder Verfügung der Anstellungsbehörde vollziehen könne. — Diese Regelung hatte für die Kommunen wenig Wert, da die Frage, ob jemand als angestellter Gemeindebeamter zu gelten habe, auch unter diesem Recht den Zufälligkeiten einer verschiedenartigen Judikatur ausgesetzt gewesen wäre.

Der zweite Entwurf wollte daher die Kommunen von dem Zwang der Judikatur des Reichsgerichts dadurch befreien, daß er unter Ausschluß des Rechtsweges den Beamten nur die Beschwerde im Aufsichtswege und danach das Verwaltungsstreitverfahren für die Frage offen ließ, ob sie als Kommunalbeamte anzusehen seien oder nicht. Auch dieser Entwurf unterließ es aber für die Anstellung eine bestimmte Form festzusetzen und löste somit ebenfalls nicht die brennende Frage, wann jemand als angestellter Gemeindebeamter zu gelten habe. Daher beschäftigte sich nun der zweite allgemeine preußische Städtetag, der am 23. und 24. Januar 1899 zu Berlin tagte mit den in Frage stehenden Punkten und prüfte eingehend die bis dahin ergangenen Gesetzesvorschläge. In einer Resolution wurde der dringende Wunsch ausgesprochen, die „Anstellung" an ein klar erkennbares gesetzliches Merkmal und zwar an die Zustellung einer schriftlichen, die Ernennung zum Kommunalbeamten ausdrücklich aussprechenden Erklärung der zuständigen Behörde zu knüpfen.

B. 2.

c) Der dritte Entwurf und seine Beratung im Herrenhaus.

Der dritte Entwurf, über den das Herrenhaus in seiner Sitzung vom 22. 2. 1899 beriet, entsprach diesen Wünschen. Die Verhandlungen über dieses Gesetz tragen zu seinem Verständnis wesentlich bei und lassen die Bedeutung die dem viel begehrten § 1 des Entwurfs bei der Beratung beigelegt wurde, klar erkennen. Der Abgeordnete Becker[41] bezeichnete als wesentliches Ziel des Entwurfs einmal die widersprechenden Erkenntnisse des Oberverwaltungsgerichts und des Reichsgerichts zu beseitigen, dann die in einem dieser Erkenntnisse zum Ausdruck gebrachte Auffassung, daß auch eine stillschweigende Anstellung von Beamten stattfinden könne, ebenfalls aufzuheben und ferner die Beschränkung des Begriffs der

14) i. d. 4. Sitzung des Herrenhauses am 22. 2. 1899 (vergl. St.B. d. H.H. S. 47).

„mechanischen Dienstleistungen", wie sie durch das Reichsgericht in hohem Maße eingetreten ist, auf das richtige Maß zurückzuführen. Nach einer Beratung durch die verstärkte 7. Kommission für Gemeindeangelegenheiten beschäftigte sich das Herrenhaus in der Sitzung vom 9. 5. 1899 von neuem mit dem Gesetzentwurf und nahm ihn nach den Beschlüssen der Kommission an.

Den dringendsten Wunsch der Kommunalbeamten, jede im Kommunaldienst tätige Person als Beamten anzusehen, konnte der Gesetzentwurf mit Rücksicht auf die besonderen Verhältnisse im Staats- und Kommunaldienst nicht erfüllen. Andererseits kommt er den Interessen der Kommunalverbände in bezug auf die Anstellung der Beamten entgegen. Da infolge der Rechtsprechung des Reichsgerichts niemand mehr wußte, wer Beamter ist, und damit der Unsicherheit Tür und Tor geöffnet war, kann eine Anstellung künftighin nur noch durch einen Formalakt, der Aushändigung einer Urkunde geschehen. Nach dieser Richtung hin sollte das Gesetz, soweit Neuanstellungen in Frage kommen, vollkommene Sicherheit schaffen.[15]

B. 2.

d) Stelungnahme des Abgeordnetenhauses.

Von nicht minderer Bedeutung für die hier zu behandelnde Frage sind die Verhandlungen im preußischen Abgeordnetenhaus in den Sitzungen vom 17. 4.[16] und 16. 6. 1899[17]. In allen Reden wird auch hier von dem unerfreulichen Zustand ausgegangen, in den die Gemeinden durch die Rechtsprechung des Reichsgerichts geraten sind. Es wird daher als ein Fortschritt betrachtet, daß über die Anstellung in Zukunft eine Urkunde ausgefertigt wird, die als fgrmelle Bestätigung der Anstellung dient. Der Entwurf bringe in entscheidender Weise zum Ausdruck, wer überhaupt Kommunalbeamter ist. Diese Frage könne von nun an nicht mehr durch die Gerichte bald in dieser, bald in jener Weise geklärt werden, in Zukunft stehe es einfach fest, der ist Beamter und der ist nicht Beamter. Nicht unerwähnt bleiben soll hier das Bedenken eines Abge-

15) Reden der Abgeordneten: Hausmann, Wintermayer, Dr. Schilling, Ehlers. (Vergl. Sten. Ber. d. 68. Sitzung v. 17. 5. 1899).
16) Rede d. Abgeordneten Dallwitz.
17) Berichterstatter Adickes i. d. 9. Sitzung d. HH. vom 9. 5. 1899 (vgl. Sten. Ber. d. HH. S. 139/140).

ordneten, daß man es unterlassen habe, die Personen zu bezeichnen, die die Gemeinden anzustellen verpflichtet sind. Nach dem Entwurf ist es ganz in das Belieben der einzelnen Kommunalverbände gestellt, welchen Personen sie die Anstellungsurkunde aushändigen wollen.

B. 3.

a) Das Ergebnis der Verhandlungen im Herren- und Abgeordnetenhaus.

Aus den Beratungen des Herrenhauses und Abgeordnetenhauses geht somit unzweideutig hervor, daß es der Wille des Gesetzgebers war, niemanden als Kommunalbeamten anzusehen, der nicht im Besitze einer Urkunde nach § 1 Satz 2 KGB. ist. Diese Vorschrift sollte der reichsgerichtlichen Konstruktion von der Anstelung durch konkludente Handlungen, die in die preußischen Städte soviel Unsicherheit und Hader hineingetragen hat, den Todesstoß versetzen und die ausdrückliche Anstellungsurkunde zu einem konstitutiven Bestandteil der Anstellung machen.[18]

B. 3.

b) Die Erklärung des Regierungsvertreters in der Kommission des Abgeordnetenhauses.

Zur Beseitigung aller etwa noch zu erhebenden Zweifel hat aber der Vertreter der Staatsregierung in der Kommission des Abgeordnetenhauses noch nachstehende Erklärung abgegeben:

„Durch die Worte: „Die Anstellung erfolgt durch Aushändigung einer Anstellungsurkunde", ist, wie dies auch die Motive ergeben, zum Ausdruck gebracht, daß an die Uebergabe der Anstellungsurkunde konstitutive Wirkung für die Anstellung der Kommunalbeamten geknüpft wird. Eine Veränderung der Vorschrift dahin, daß die Aushändigung einer Anstellungsurkunde erfolgen müßte, ist ein Superfluum, da durch die Worte des Entwurfs die gesetzliche Verpflichtung der Kommunalverbände begründet ist, dem als Beamten anzustellenden eine Anstellungsurkunde auszuhändigen und es deshalb nicht erforderlich er-

18) Rosenthal, i. PrVBl. 20, 513.

scheint, auszusprechen, daß dieser gesetzlichen Verpflichtung nachzukommen sei"."

Diese konstitutive Wirkung der Anstellungsurkunde schließt also für die Zukunft die Annahme einer stillschweigenden aus konkludenten Handlungen hergeleiteten Anstellung vollkommen aus.[19]

B. 3.

c) Der Wortlaut des § 1 Satz 2 KGB. und seine Auslegung.

Der klare Wortlaut des Gesetzes: „Die Anstellung erfolgt durch Aushändigung einer Anstellungsurkunde" soll nach dem Willen des Gesetzgebers gleichfalls für die Konstitutivkraft der Anstellungsurkunde sprechen.[20] Sie erschien im Einklang mit dem Rechte der Reichsbeamten als sicherstes Kriterium für die Beamtenanstellung. Auch der Wortlaut des § 4 RGB.: „Jeder Reichsbeamte erhält bei seiner Anstellung eine Anstellungsurkunde", deutet darauf hin, daß der Gesetzgeber etwas anderes und mehr zum Ausdruck hatte bringen wollen, als bloß die Schaffung einer Beweisurkunde. In der Tat war zur Zeit der Entstehung des Kommunalbeamtengesetzes die Ansicht weit verbreitet, daß die Aushändigung der Anstellungsurkunde nach § 4 RBG. nicht nur einen urkundlichen Nachweis über die erfolgte Anstellung als Reichsbeamter sein sollte, sondern wesentlich wäre für die Begründung der Eigenschaft eines Reichsbeamten[21]. Doch müßte dem Verfasser des Entwurfs des Kommunalbeamtengesetzes und seiner Begründung bekannt gewesen sein, daß das Reichsgericht die betreffende Bestimmung des RBG. dahin ausgelegt hatte, daß die Anstellungsurkunde keine wesentliche Voraussetzung für die vermögensrechtlichen Ansprüche der Reichsbeamten sei.[22], [3] Es fragt sich daher, ob sich bei dieser Sachlage der Hinweis in der Begründung auf die entsprechende Regelung im Reichsbeamtengesetz für die Bedeutung des § 1 Satz 2 überhaupt noch verwerten läßt. Das ist zu bejahen. Der Hinweis in der Begründung ist nur so zu erklären, daß, anders wie dasRG., das

19) Freytag, a.a.O., S. 28.
20) Langen, Bresl. Diss., S. 35.
21) Hirths Annalen (1876), S. 271.
22) RG. E. v. 24. 3. 18882; RG. 6, 107; E. v. 17. 9. 1891; RG. 28, 84; E. v. 22. 10. 1891; RG. 28, 90.
23) In neuerer Rechtsprechung hat das RG. ausgeführt, daß die Aushändigung der Anstellungsurkunde nach § 4 RBG. ebensowenig rechtsbegründend sei, wie die in § 3 desselben Gesetzes vorgeschriebene eidliche Verpflichtung. RGZ. 84, 220; 99, 267. E. v. 26. 11. 20 im: „Recht" 1921. S. 419.

OVG. in ständiger Rechtsprechung[24] sich dahin ausgesprochen hat, daß die Aushändigung der Anstellungsurkunde wesentlich für die Begründung der Eigenschaft eines Reichsbeamten sei und das KBG. ja in deutlichem Gegensatz zu der reichsgerichtlichen Judikatur geschaffen wurde. Abgesehen davon spricht aber der über die Bestimmung des § 4 des RBG. hinausreichende deutliche Wortlaut des § 1 Satz 2 KBG. dafür, daß es neben der Aushändigung jener Urkunde einen anderen Akt, mittels dessen eine Anstellung sich vollziehen könne, überhaupt nicht mehr geben könnte.[25]

B. 3.

d) Begründung und Ausführungsanweisung des Ministers zu § 1 Satz 2 KGB.

Die Begründung zum Kommunalbeamtengesetz gibt in den allgemeinen Bestimmungen zu §§ 1 und 2 einen weiteren Beweis für die Absicht des Gesetzgebers, der Aushändigung der Anstellungsurkunde rechtsgründende Kraft beizulegen.

„Zur unzweideutigen Feststellung eines dahingehenden Willens der Beteiligten bedurfte es für die Anstellung als Kommunalbeamter eines formellen, äußeren Kriteriums, weil eine klare Unterscheidung des privatrechtlichen Dienstmietevertrags von dem öffentlich-rechtlichen Beamtenkontrakt in der Praxis vermißt wurde. Als sicherstes Kriterium hierfür erschien die Aushändigung einer Anstellungsurkunde, an deren Uebergabe der Entwurf konstitutive Wirkung für die Anstellung der Kommunalbeamten geknüpft hat und damit die Annahme einer stillschweigenden, aus konkludenten Handlungen hergeleiteten Anstellung für die Zukunft ausschloß".

In gleichem Sinne gibt die Anweisung zur Ausführung des Gesetzes vom 30. 7. 1899 die rechtsbegründende Bedeutung des § 1 Satz 2 im Art. 1 Abschn. 2 kund.

„Nach § 1 Satz erfolgt die Anstellung der Kommunalbeamten fortan durch Aushändigung einer Anstellungsurkunde. Durch diese Fassung ist zum Ausdruck gebracht, daß die Aushändigung der Anstellungsurkunde der die Beamteneigenschaft begründende formale Akt sein soll,

24) OVG. i. PrVBl. 35, 560; 36, 756; 37, 611; OVG. 69, 215; Klüber, Verw.-Arch. 31, 14 ff.
25) Jebens, PrVBl. 21, S. 55.

so daß es in Zukunft ausgeschlossen sein soll, diese Eigenschaft aus irgendwelchen anderen Momenten, etwa aus der Art oder der Dauer der Beschäftigung, aus der Vereidigung u. s. f. zu folgern."

Diese Bestimmungen schließen sich den bisherigen Ansichten in dem Sinne an, daß die Bedeutung der Vorschrift des § 1 Satz 2 KBG. darin beruht, daß die Anstellungsurkunde nicht etwa nur eines der verschiedenen Erkenntnismittel für die Beamteneigenschaft wie z. B. der Diensteid sei, sondern die essentielle Voraussetzung für die Ausübung jeder amtlichen Tätigkeit.[26]

C. 1.

Der Wunsch des Gesetzgebers, mit diesem Gesetz einem für die Kommunen sowohl wie deren Beamten unerfreulichen Streitpunkte ein Ende bereitet und klare Verhältnisse im Kommunalbeamtenrecht geschaffen zu haben, ist nicht in Erfüllung gegangen. Die Neuordnung der Anstellungsform, wie sie der zweite Satz des § 1 enthält, ist einer der Brennpunkte des ganzen Kommunalbeamtengesetzes. Trotz der Fassung des § 1 Satz 2 KBG. haben das RG. und das OVG. nicht nur vorübergehend, sondern andauernd diametral entgegengesetzte Auffassungen zur Geltung gebracht. Das OVG. hat sich ganz auf den Standpunkt des Gesetzes gestellt; anders das RG. Unter Bezugnahme auf seine ständige Rechtsprechung erklärt es, daß jemand auch ohne Aushändigung einer Anstellungsurkunde mittelbarer Staatsbeamter aus dem inneren Wesen der Sache heraus werden könne, sofern ihm ein mit der Wahrnehmung obrigkeitlicher Befugnisse verbundener Posten übertragen werde.[1]

Preuß[2] sucht den Gegensatz in der Rechtsprechung der beiden Gerichtshöfe darauf zurückzuführen, daß sich das OVG. von der heute nicht mehr anerkannten Vertragstheorie leiten lasse, während das RG. sich auf die strikte Einseitigkeit des Begründungsaktes stütze. Wie das RG.[3] lehnt ja auch

26) Freytag, a.a.O., S. 25.

1) RGZ. 99, 265. — E. v. 10. 7. 20. Komba, 27, S. 212.

2) Preuß, Städtisches Amtsrecht (1902), S. 388 ff.; vgl. hierzu auch Stier-Somlo in: Festgabe z. OVG. ferner Jebens, Rechtsverhältnisse . . . S. 299/300 und PrVBl. 19, S. 161.

3) RGZ. 37, 243.

das OVG.[4] nicht grundsätzlich die Möglichkeit einer Begründung des Beamtenverhältnisses durch konkludente Handlungen ab. Die Divergenz beginnt erst mit der verschiedenen Würdigung der rechtserzeugenden Kraft der konkludenten Handlungen. Das RG. will in ihnen auch unabhängig von ausdrücklichen Erklärungen, d. h. auch in Widerspruch zu ihnen, den rechtserzeugenden Willen erblicken, während das OVG. annimmt, daß sich eine Anstellung niemals ohne oder gar gegen den Willen der Beteiligten, ihnen unbewußt, vollziehen könne.

Entspringt demnach die Meinungsverschiedenheit der beiden Gerichtshöfe unmittelbar aus einer verschiedenen Würdigung der Bedeutung konkludenter Handlungen für den Anstellungsakt, so geht diese doch wiederum auf einen viel tiefer liegenden Gegensatz, auf die rechtliche Natur des Begründungsaktes eines Beamtenverhältnisses zurück. Daher ist der Kampf zwischen OVG. und RG. in Wahrheit ein Kampf zwischen zwei Begründungsarten des Amtsverhältnisses.[5]

Den in den Entscheidungen des sog. Falles Malitz[6] zu Tage getretenen Grundauffassungen sind die beiden Gerichtshöfe auch in Zukunft im Prinzip treu geblieben und haben zu Auseinandersetzungen im beamtenrechtlichen Schrifttum in diesem oder jenem Sinne und zu Vermittlungsvorschlägen Anlaß gegeben. Für unsere Frage sind diese von der größten Bedeutung und deren Darstellung sollen daher in Verbindung mit der Rechtsprechung der beiden Gerichtshöfe die folgenden Kapitel gewidmet sein.

C. 2.

Die Rechtsprechung des Oberverwaltungsgerichts.

Im Einklang mit der Entstehungsgeschichte des Kommunalbeamtengesetzes hat das OVG. dahin erkannt, daß die Aushändigung der Anstellungsurkunde fortan der die Beamteneigenschaft begründende formale Akt sei. Die Bestimmung des § 1. KBG. habe die Bedeutung, daß die Anstellungsurkunde keineswegs nur als ein Erkenntnismittel für die Be-

4) 18, 55. — E. v. 25. 10. 1889. PrVBl. 11, 54.

5) Daß das OVG. tatsächlich auf dem Boden der Vertragstheorie steht, läßt sich aus dem Wortlaut seines Erkenntnisses entnehmen, während der Wortlaut der reichsgerichtlichen Entscheidung nichts über seine Stellung zu dieser Grundfrage ergibt.

6) RGZ. 37, S. 232 ff., OVG. 18, S. 55 ff.

amteneigenschaft in Betracht komme, sondern die essentielle Voraussetzung für das Beamtenverhältnis bilde. Das KBG. knüpfe an die Uebergabe der Anstellungsurkunde konstitutive Wirkung und schließe für die Zukunft die Annahme einer stillschweigenden, aus konkludenten Handlungen hergeleitetenAnstellung vollkommen aus.[7] In diesem Sinne erklärt es sich auch im Urteil vom 15. 12. 1911[8] und lehnt in dem Erkenntnis vom 5. 1. 1906 ab, die Annahme der Beamteneigenschaft aus der Art der Beschäftigung zu folgern.[9] Besoldete Kommualbeamte im Sinne des KBG., also Beamte von Stadt- und Landgemeinden, von Amts- und Kreiskommunalverbänden können danach durch die Art ihrer Beschäftigung niemals Beamteneigenschaft erlangen, wenn sie nicht gemäß § 1 KBG. durch die Aushändigung einer Anstellungsurkunde angestellt worden sind. Die Aushändigung der Anstellungsurkunde ist in § 1 KBG. zur Voraussetzung der Anstellung gemacht worden, so daß also zu den sonstigen Rechtsakten, deren es zur Anstellung bedarf (Anstellungsbeschluß der anstellenden Behörde, dem Wahlakte, der Annahmeerklärung des Anzustellenden usw.) die Aushändigung der Anstellungsurkunde in dem Verhältnis einer notwendigen Ausführungsmaßregel stehe.[10] Diese Bedeutung hat die Anstellungsurkunde nicht nur hinsichtlich aller besoldeten Beamten der genannten Kommualverbände, sondern auch für die Magistratsmitglieder, was durch den Erlaß des Ministers des Innern vom 12. 5. 1903[11] ausdrücklich festgestellt worden ist.

Zweifel bestanden über das Anwendungsgebiet des Beamtenbegriffs des Kommunalbeamtengesetzes. Es fragte sich hier, ob die Begriffsbestimmung des KBG. nur für die im Gesetz geregelten Ansprüche des Kommunalbeamten maßgebend sei oder auch für sonstige außerhalb des Gesetzes geregelten Ansprüche und andere Rechtsverhältnisse. Der Wortlaut des Gesetzes, der von „Kommunalbeamten im Sinne dieses Gesetzes" redet, spricht für die erste Alternative. Man konnte daher durchaus der Ansicht sein, daß der Gesetzgeber mit diesem Zusatz darauf hinweisen wollte, daß sich die Begriffsbestimmung nur auf die Vorschriften über

7) OVG. 35, 59; 42, 68; 49, 136; 69, 215; 70, 117; 74, 269. PrKArch. 3, S. 643/44, PrKArch. 6, 515.
8) OVG. v. 5. 12. 11. i. PrVBl. 33, 535.
9) PrVBl. 30, 105.
10) PrVBl. 24, 209.
11) Min.Bl. f. i. Verw. 1903, S. 121.

die Versorgungsansprüche des Kommunalbeamten beziehen solle. Dem hält aber das OVG.[12] entgegen, daß das Gesetz sich ja in der Ueberschrift selbst „Gesetz betreffend die Anstellung und Versorgung der Kommunalbeamten" betitelt und somit zum Ausdruck bringe, daß es die Frage, wann und wie eine Person die Eigenschaft eines Kommunalbeamten erlange, für diejenigen Personen, auf die es sich erstreckt, als einen besonderen Gegenstand der Regelung betrachte. Auf Grund einer eingehenden Würdigung der Entstehungsgeschichte des KBG. weist dann das OVG. in seiner Entscheidung vom 30. 1. 1913 nach, daß die Begriffsbestimmung jedenfalls nicht ausschließlich im Hinblick auf die wirtschaftlichen Beziehungen der Beamten zu den Kommunalverbänden getroffen worden sei. Es ist daher nicht der Ansicht beizutreten, daß die Aushändigung der Anstellungsurkunde nur die Voraussetzung für die Erhebung vermögensrechtlicher Ansprüche bilde, daß abgesehen hiervon aber die Uebertragung obrigkeitlicher Funktionen die Beamteneigenschaft begründe.[13] Wo es sich also um eine im Hauptamt beschäftigte Person einer der in den §§ 8—22 KBG. angeführten Kategorien von Kommunalbeamten handelt, greift für ihre beamtenrechtlichen Verhältnisse die Bestimmung des § 1 Satz 2 Platz. Das OVG. hat daher für alle Beziehungen, die sich aus dem Beamtenrecht ergeben, bei denjenigen Beamten, auf die das Gesetz zutrifft, die Aushändigung einer Anstellungsurkunde als notwendige Voraussetzung für die Erlangung der Beamteneigenschaft erachtet,[14] so für die Gewährung des Schutzes des Konfliktgesetzes[15] und der Defektenordnung vom 24. 1. 1844, bei der Prüfung der Wahlfähigkeit für die Gemeindevertretung[16] und für das Steuervorrecht nach der Verordnung vom 23. 9. 1909.[17] Das Disziplinargesetz vom 21. 7. 1852 kann demnach gegenüber einer Person, die im Dienste einer Stadtgemeinde gegen Besoldung im Hauptamt beschäftigt ist, nur dann angewendet werden, wenn ihr eine Anstellungsurkunde ausgehändigt worden ist. Nur in einem solchen Falle kann eine Ordnungsstrafe verhängt werden.[18]

12) PrVBl. 34, 757.
13) OVG. 53, 429; Pr.Komm.Arch. 1, S. 90.
14) PrVBl. 34, 756/57; OVG. E. v. 30. 1. 1913.
15) Ungedruckte Entsch. d. 1. Senats vom 19. 10. 1906.
16) OVG. 48, 133. — E. v. 27. 10. 1905.
17) OVG. 42, 69; Pr.V.Bl. 24, 805; 30, 104; 33, 730.
18) OVG. 53, 428. - E. v. 9. 10. 1908; OVG. 67, 406. E. d. Pr.Disz.Hofs v. 12. 3. 1923.

C. 3.

Die Rechtsprechung des Reichsgerichts.

Auch für das Reichsgericht war es zuerst in Uebereinstimmung mit dem Oberverwaltungsgericht unzweifelhaft, daß eine im Dienste der im Gesetz vom 30. 6. 99 aufgeführten Stadtgemeinde beschäftigte Person die Eigenschaft eines Komunalbeamten erst mit der Aushändigung der Anstellungsurkunde erlangt.[19] Es sei rechtlich durchaus möglich, daß das innere Verhältnis des im öffentlichen Dienste Angestellten als ein rein privatrechtliches geordnet ist, während nach außen hin die Amtsstellung des Betreffenden keinem Zweifel begegne. Für die Kommunaldienstverhältnisse könne dies angesichts des neuen Rechts, daß die Begründung des Beamtenverhältnisses an den äußeren Vorgang der Aushändigung einer Anstellungsurkunde geknüpft hat und von der materiellen Seite der Dienstleistung völlig absieht, nicht bestritten werden.[20] Folgerichtig muß daher das Reichsgericht den Satz, wonach jeder in einem Zweige der Kommunalverwaltung tätige Hoheitsbeamte ohne weiteres auch die Eigenschaft eines Kommunalbeamten im Verhältnis zur Gemeinde erlangt, für unrichtig erklären. Mit diesen Worten weicht es also von seiner in früheren Entscheidungen[21] dargelegten Anschauung ab und erkennt das neue Recht an.

Derselbe Senat hat die Frage dagegen im Urteil vom 15. 4. 1913 schon als zweifelhaft bezeichnet. Das RG. erkennt zwar an, daß durch die Bestimmung des § 1 Satz 2 KBG. nach der Ansicht des Gesetzgebers der Aushändigung der Anstellungsurkunde der Charakter eines Formalaktes mit konstitutiver Wirkung für die Begründung der Beamteneigenschaft verliehen werden sollte, um die vom RG. gebilligte Annahme einer stillschweigenden, aus schlüssigen Handlungen herzuleitenden Anstellung als Beamter für die Zukunft auszuschließen. Es läßt aber die Frage dahin gestellt bleiben, ob jemand, auch wenn ihm eine Anstellungsurkunde nicht ausgehändigt sein sollte, nicht dadurch, weil er das Amt eines Gemeindevorstehers jahrelang unangefochten bekleidet und obrigkeitliche Befugnisse ausgeübt hat, als ordnungsmäßig angestellter Gemeindevorsteher anzuerkennen sei. In einem

19) RGSt. 35, 327; RGStr. 16, 380 (f. d. frühere Recht).
20) RGZ. v. 3. 4. 1908; PrVBl. 29, S. 791.
21) RGZ. 28, 90; 37, 232, 243.

weiteren Erkenntnisse[22] lehnt es dann endgültig den bisher vertretenen Gedanken ab, daß eine mit der Ausübung staatshoheitlicher Befugnisse beauftragte Person im Wege des Privatdienstvertrages angestellt werden könne.

„Nicht das äußere juristische Gewand des privatrechtlichen Vertrages solle entscheiden, sondern die hinter dieser Vertragsform stehende und dadurch verdeckte wahre innere Natur des Beschäftigungsverhältnisses, nämlich, ob es als rein privates anzusehen ist oder als ein notwendig öffentlich-rechtliches. Die Ausübung von Staatshoheitsrechten kann innerlich niemals Gegenstand eines Privatvertrages sein; denn nur der kraft privatrechtlichen Dienstverhältnisses Angestellte oder Beschäftigte ist in der Eigenschaft eines Beamten angestellt oder beschäftigt, falls er Staatshoheitsrechte auszuüben hat".

Dieses Urteil enthält die auch in der Begründung[23] und Ausführungsanweisung[24] zum KBG. festgelegte Grundregel des öffentlichen Rechts, daß obrigkeitliche Funktionen ausschließlich von Beamten ausgeübt werden müssen. Unter Hinweis auf diese Stellen begründet dann auch das RG. seine Entscheidung vom 9. 1. 1917.[25] Hat demnach eine Person obrigkeitliche Funktion auszuüben, so darf sie nicht durch privatrechtlichen Dienstvertrag angestellt werden. Dabei hat es auch nichts zu bedeuten, daß dem Betreffenden erst viele Jahre später noch eine Anstellungsurkunde ausgehändigt wird. Auch diese Zeit müsse als Beamtendienstzeit gelten. Das RG. weicht hier bewußt von der Bestimmung des § 1 Satz 2 ab und stellt dann in der Entscheidung vom 10. 7. 1920[26] einen Rechtssatz auf, der seine Stellungnahme zu unserer Frage für die Zukunft festlegt. Zwar betrifft das Urteil den Beamten einer Ortskrankenkasse, aber einen solchen mit den Rechten und Pflichten gemeindlicher Beamter. Das Kammergericht hatte die Klage abgewiesen, weil eine Anstellung des Klägers als Geschäftsführer der Krankenkasse zwar beabsichtigt war, aber mangels Aushändigung einer Anstellungsurkunde tatsächlich nicht erfolgt war. Dem tritt das RG. wie folgt entgegen:

22) RGZ. 84, 364.
23) Begr. z. §§ 1 u. 2, Abs. 3 und 4.
24) Ausf.Anw. zu §§ 1 u. 2, Nr. 5.
25) RGZ. 89, S. 297. Gruch. Beitr. 67, 206 ff.
26) RGZ. 99, S. 265.

„Der Erwerb der Kassen- und Gemeindebeamteneigenschaft konnte auch durch den Mangel der im § 1 Satz 2 des Regulativs der Krankenkasse vorgesehenen Aushändigung einer vorgesehenen Aushändigung einer Anstellungsurkunde nicht gehindert werden. Wenn das Kammergericht das Gegenteil aus § 1 des KBG. vom 30. 7. 1899 folgern will, so verkennt es dessen rechtliche Bedeutung: denn es vermag ebensowenig wie jede andere gesetzliche Bestimmung das Wesen der Beamteneigenschaft, das in der Berechtigung zur Ausübung obrigkeitlicher Befugnisse besteht, zu ändern. Wird daher von einer Stadtgemeinde ein mit der Wahrnehmung solcher Befugnisse verbundener Posten einem Angestellten übertragen, so wird er allein kraft dieser Uebertragung auch ohne Aushändigung einer Urkunde aus dem inneren Wesen der Sache heraus mittelbarer Staatsbeamter."

Dieses Urteil stellt einen allgemeinen für die Beamten von Stadtgemeinden und damit für die Kommunalbeamten im Sinne des KGB. bestimmten Rechtssatz auf, der auch weiterhin maßgebend geblieben ist für alle Entscheidungen des RG. über Klagen, die sich auf die streitige Beamteneigenschaft stützten. Das zeigt sich besonders deutlich in den Urteilen vom 24. 11. 1922[27] und vom 20. 11. 1925.[28] In beiden ist ausgesprochen, daß grundsätzlich mit der Uebertragung hoheitsrechtlicher Funktionen die Verleihung der Beamteneigenschaft mit Rechtsnotwendigkeit verbunden sei und zwar nicht nur nach außen hin, sondern auch im Innenverhältnis zu der betreffenden öffentlich-rechtlichen Körperschaft.

In beiden Urteilen handelt es sich zwar wieder nicht um Kommunalbeamte, sondern um kraft privaten Dienstvertrages angestellte Eisenbahnangestellte, denen die Beamteneigenschaft deswegen abgesprochen wurde, weil ihre obrigkeitliche Tätigkeit gegenüber ihrer sonstigen mechanischen Tätigkeit eine nur unbedeutende war. Daraus kann aber nicht gefolgert werden, daß das Reichsgericht von seiner bisherigen Auffassung auch hinsichtlich der Kommunalbeamten abgehen wollte. Die Urteile stellen vielmehr allgemein-gültige Sätze auch für die Kommunalbeamten auf. Wenn daher andererseits ein Kommunalbeamter neben hoheitsrechtlichen Funktionen für die Stadt auch privatrechtliche Tätigkeit ausübt, so ist das regel-

27) RGl. 106. 19.
28) RGZ. 112. 128.

mäßig ohne Bedeutung für die Frage, ob sein Kommunalamt als Nebentätigkeit im Sinne des § 2 Abs. 2 KBG. anzusehen ist. Dann ist seine gesamte Tätigkeit als Beamtentätigkeit zu bewerten.[29]

Ueberwiegt also die obrigkeitliche Tätigkeit, so ist der Betreffende trotz seiner teilweise mechanischen Tätigkeit Beamter, was aber immer dann zu verneinen ist, wenn die letztere den Hauptteil seiner Beschäftigung ausmacht.

Eine solche zwiespältige Gestaltung des Anstellungsverhältnisses wird aber nur ausnahmsweise vorkommen. Regelmäßig bildet es eine Einheit und ist nach dem Reichsgericht auch dann als Beamtenverhältnis anzusehen, wenn nur ein Teil der Tätigkeit des Stelleninhabers hoheitsrechtlicher Natur und deshalb notwendig Beamtentätigkeit ist.

Die Befürchtung, daß der entscheidende Senat von der in den besprochenen Urteilen mitgeteilten Stellungnahme abgehen werde, hat sich nicht bestätigt. Das Reichsgericht steht auch in seiner neueren Rechtsprechung[30] auf dem Standpunkt, daß auch unter der Herrschaft des KBG. die Beamteneigenschaft durch die Uebertragung einer mit obrigkeitlichen Akten verbundenen Tätigkeit begründet werden könne, obgleich dort im § 1 Satz 2 KBG. bestimmt ist: „Die Anstellung erfolgt durch Aushändigung einer Anstelungsurkunde".

> „In Uebereinstimmung mit der bisherigen Rechtsprechung des erkennenden Senats[31] könne die Befugnis zur Ausübung von Hoheitsrechten nur im Rahmen eines öffentlich-rechtlichen Beamtenverhältnisses eingeräumt werden und nicht Geegnstand eines privatrechtlichen Dienstvertrages sein. Sie setze daher die Anstellung als Beamter notwendig voraus. Wer sie übertragen erhält, werde aus dem inneren Wesen der Sache heraus Beamter".

Diese grundsätzlichen Erwägungen waren für das Gericht auch bei der Prüfung der Beamteneigenschaft von Angestellten der preußischen Komunalverbände maßgebend und es hat sich hierbei auch nicht durch die Vorschrift des § 1 Satz 2 KBG. behindert gesehen.[32]

---

29) Pr.V.Bl. 48, 467, E. d. RG. v. 23. 4. 1926.

30) RG. E. v. 14. 6. 1929. RGZ. 125, 421; JW. 1929, 3382; RG. E. v. 11. 10. 1929.

31) Siehe hierzu: RGZ. 84, 368; 89, 297; 99, 260; 113; 221; JW. 1902, 373; 1916, 1020; 1920 556, E. d. RG. v. 13. 3. 1928 in Seuff. Arch. Bd. 82 S. 242/243.

32) Der Standpunkt des RG., daß nicht nur die Aushändigung der Anstellungsurkunde sondern auch die Ausübung obrigkeitlicher Funktionen den Erwerb der Beamteneigenschaft nach sich ziehe, wird ebenfalls von den Oberlandesgerichten vertreten. So OLG. Köln v. 11. 7. 1918 (Komba. 28, 547); OLG. Königsberg vom 11. 3.

Weitere Entscheidungen, die zu unserer Frage Stellung nehmen, liegen nicht vor. Daß deren Anzahl verhältnismäßig gering ist, beruht einmal darauf, daß die Zahl der Fälle, die zu einer solchen Entscheidung Anlaß geben können, nicht sehr groß ist, dann aber, daß das Reichsgericht in Fällen, in denen die Erlangung der Beamteneigenschaft nach dem KBG. behauptet wurde, die Aushändigung der Anstellungsurkunde für vorliegend erachtet hat. Der Begriff der Urkunde im Sinne des KBG. wird vom Reichsgericht sehr weit ausgelegt.[33] Wenn das Schriftstück den Anstellungswillen unzweideutig zu erkennen gibt, so könne über den Beamtencharakter des Anzustellenden kein Zweifel bestehen.[34] Die Anstellungsurkunde brauche daher die Anstellung nicht zu bekunden; ebensowenig ist auch eine solenne oder formularmäßige Fassung der Urkunde erforderlich.[35] In der Entscheidung vom 12. 2. 1924[36] sieht das RG. gleichfalls das maßgebende Kriterium in der unzweideutigen Kundgabe des Anstellungswillens und legt auf den Gebrauch der Worte „Vertrag" oder „Privatdienstvertrag" kein entscheidendes Gewicht.

Oft sind sich ja Behörde und Bewerber in vielen Fällen nicht über die Form der Anstellung im klaren, wohl aber darüber, daß der Anzustellende hoheitliche Funktionen ausüben soll. In allen diesen Fällen nimmt das RG. an, daß die Uebertragung obrigkeitlicher Dienstverrichtungen den Bewerber ohne weiteres zum Beamten mache. Diese Folge könne dann auch durch einen vorliegenden Privatdienstvertrag nicht verhindert werden.[37]

Die mit der Bestimmung des § 1 Satz 2 KBG. verfolgte Absicht des Gesetzgebers —, eine Abgrenzung zwischen dem Privatdienstvertrag und dem Beamtenverhältnis zu erleich-

1924 (Komba, 25, 831); OLG. Frankfurt a. M. v. 26. 3. 1925 (Komba, 25, 831) u. OLG. Celle v. 7. 7. 1927 (Komba, 28, 155).

33) P.rV.Bl. 34, 916.

34) E. d. RG. v. 19. 1. 1923 i. Pr.V.Bl. 48, 467; E. d. RG. v. 1. 2. 1916, i. Pr. Komm.Arch. 7, 296; vgl. Jellinek, Verwaltungsrecht, S. 255; Jaschkowitz, im: Arch. öff. R. 56, 374; dagegen Köttgen, Ztschr. f. Selbstverw. 12, 1929, S. 30.

35) E. d. RG. vom 11. 3. 1921 i. Pr.V.Bl. 42, 465.

36) Pr.V.Bl. 48, 467.

37) E. d. RG. vom 23. 4. 1926 i. Pr.V.Bl. 48, 467; RGZ. 99, 267. In dieser Umdeutung eines Privatdienstvertrages in ein öffentlich-rechtliches Beamtenverhältnis kann man ohne Bedenken eine Konversion, wie sie das bürgerliche Recht im § 140 BGB. vorsieht, erblicken. Gerade das öffentliche Recht vermeidet nach Möglichkeit unwirksame Verwaltungsakte und daher ist die Anwendung einer Konversion auch im öffentlichen Rechte gegeben. Zu dessen Grundregeln gehört nach der eben behandelten Rechtsprechung des RG., daß kein Privatangestellter hoheitliche Befugnisse ausüben kann. Stellt nun eine Stadtgemeinde jemanden auf Privatdienstvertrag an und übertragt ihm hoheitliche Befugnisse, so entscheidet sich daher das RG., vor die Wahl zwischen Nichtigkeit oder Konversion gestellt, für die letztere, vgl. Jellinek, Verwaltungsrecht, S. 255; Jaschkowitz, im Arch. f. öff. R. 56, 374; dagegen Köttgen, Ztschr. f. Selbstverw. 12, 1929, S. 30.

tern, ist somit durch die konstante Spruchpraxis des RG. zu einem wesentlichen Teil illusorisch geworden.[38] Es muß somit als Tatsache gelten, daß der erkennende Senat ein verfassungsmäßig zustande gekommenes Gesetz nicht beachtet, weil er es nicht vereinbar mit seinen Rechtsanschauungen hält.[39] Wir haben in den angeführten Entscheidungen des Reichsgerichts nicht etwa bloß Einzelerscheinungen vor uns, sondern Ausflüße eines Prinzips, welches lautet: Beamter ist derjenige, der in Ausübung staatshoheitlicher Funktionen den Staat repräsentiert; das Wesen der Beamteneigenschaft besteht in der Ausübung obrigkeitlicher Funktionen.[40] Bei der Anstellung eines städtischen Hafenmeisters auf Privatdienstvertrag untersucht also das RG., ob die Tätigkeit des Hafenmeisters bei der Erteilung von Weisungen an die Schiffskapitäne hoheitlicher Natur ist oder nicht und bejaht demgemäß seine Beamteneigenschaft oder verneint sie.[41] Anstellung oder Dauer des Dienstes sind somit nicht begriffswesentlich für die Beamteneigenschaft einer Person. Der Anstellungsurkunde kann daher nach RG. nur ganz allgemein die Bedeutung einer Feierlichkeit in der Form, in der auch der schriftliche Ausweis für die vollzogene Anstellung sonst erteilt wird, zukommen.[42]

C. 4.

Vertreter der konstitutiven Bedeutung der Anstellungsurkunde.

Das beamtenrechtliche Schrifttum folgt teils dem Reichsgericht, zum andern und überwiegenden Teil dem vom OVG. vertretenen gegenteiligen Standpunkt.

Die Vertreter der konstitutiven Wirkung der Anstellungsurkunde begründen dabei in Anschluß an das OVG. vorwiegend ihre Ansicht mit der Entstehungsgeschichte und dem Wortlaut des Gesetzes. Genannt seien nur: Freytag, Ledermann-Brühl, Kautz-Appelius, Preuß, Oertel, Voegls und Köttgen. Allgemein wird die hervorragende Bedeutung des Gesetzes hervorgehoben, die darin liegt, daß es einem die Inter-

38) Köttgen, Beamtenrecht, S. 35.
39) Vgl. Löwe, JW. 29, 3383 Anm.
40) Möller, i: Beamten-Jahrbuch, 1929, S. 340.
41) E. d. RG. v. 10. 6. 1922; vgl. auch Jellinek, Verwaltungsrecht, S. 352; Gruch. Beitr. 67, 206.
42) Helfritz, Grundzüge des Beamtenrechts, 1929.

essen der Beteiligten, vor allem der Kommunen schwer gefährdenden Rechtszustand ein Ende gemacht hat.[43]

Insoweit bringt uns das Schrifttum nichts Neues; von Wichtigkeit für unsere Frage wird erst seine Stellungnahme zu dem Streitpunkt zwischen Reichsgericht und dem OVG., ob und unter welchen Umständen, die Möglichkeit bestände, Beamteneigenschaft im Sinne des KBG. auch durch Ausübung obrigkeitlicher Funktion zu erwerben.

Vogels[44] unterscheidet bei der Erörterung der Wesensmomente des Beamtenbegrifs die Rechtsstellung des Beamten nach außen hin, namentlich als Träger eines Teils der öffentlichen Gewalt und seine Rechtsstellung zu dem öffentlichrechtlichen Verbande, der ihn angestellt hat. Die Uebertragung obrigkeitlicher Funktionen begründe dieses Außenverhältnis, wobei es unerheblich ist, ob er dauernd oder nur vorübergehend angenommen ist, solange er obrigkeitliche Dienste verrichtet, ist er Beamter im allgemeinwissenschaftlichen Sinne.

Diesen allgemeinen Beamtenbegriff wollte auch das KBG. nicht beseitigen, wohl aber den Personenkreis genau bestimmen, für welchen die in dem Gesetz vornehmlich geregelten wirtschaftlichen Beamtenansprüchen Geltung finden sollten und somit eine Begriffsbestimmung „im Sinne dieses Gesetzes" geben. Bei einem mit obrigkeitlichen Befugnissen ausgestatteten Beamten fragt es sich daher nicht: Ist er Beamter an sich, — das ist er immer in dem geschilderten allgemeinwissenschaftlichen Sinne —, sondern ist er Beamter im Sinne des KBG. Wollte so einerseits das KBG. nicht eine allgemeine Definition des Kommunalbeamtenbegriffs geben, so hat es andererseits nicht vorgeschrieben, daß nur derjenige staatshoheitliche Funktionen ausüben könne, der eine Anstellungsurkunde ausgehändigt erhalten hat.

Die Voraussetzungen, unter denen eine solche Anstellung nach außen hin zu erlangen ist, wollte das Gesetz somit nicht regeln. Es fragt sich daher, ob ein Rechtssatz besteht, daß der nach außen hin mit der Eigenschaft eines Beamten ausgestatteten Person auch im Innenverhältnis die Rechtsstellung eines Kommunalbeamten zukommt. Daran fehlt es aber. Es gibt nach Vogels weder Vorschriften noch einen Rechtssatz, durch den vorgeschrieben wäre, daß die Annahme von Per-

43) Jebens, Pr.V.Bl. 21, 55.
44) Der Kommunalbeamtenbegriff, S. 9. Vgl. RG. 84, 364.

sonen, denen die Ausübung staatlicher Hoheitsrechte übertragen werden soll, nur im Wege der Anstellung als Beamter erfolgen könne.[45] Auch der Auffassung des RG., wonach ein entsprechender allgemeiner staatsrechtlicher Grundsatz bestehen solle, könne nicht beigetreten werden. Vielmehr ist es nach Vogels[46] wohl möglich, daß staatliche Hoheitsrechte von Dienstverpflichteten auf Grund privatrechtlicher Dienstverträge ausgeübt werden, wodurch er sich durchaus im Gegensatz zu der herrschenden Meinung befindet.

Unterstellen wir diesen Satz zunächst einmal kritiklos, so kann jedoch bei einer Gruppe von Beamten die Kommunalbeamteneigenschaft keinem Zweifel unterliegen. Das sind die Standesbeamten. Die Standesbeamtengeschäfte können ihrem inneren Wesen und ihrer grundlegenden beitragenden rechtlichen Bedeutung nach nur Ausflüße und Aeußerungen eines öffentlichen Amtes sein.[47] Das Personenstandsgesetz sichert ihnen daher für alle Fälle die Beamteneigenschaft. Soweit sie, ohne Gemeindebeamte zu sein, von der höheren Verwaltungsbehörde besonders bestellt werden, sind sie Staatsbeamte (§ 4 Abs. 1; § 7 Abs. 3 PersStGes.). Für die von der Gemeinde angestellten besonderen Standesbeamten, die nicht bereits Gemeindebeamte sind, bestimmt § 4 Abs. 4 d. G., daß diese besonderen Standesbeamten Gemeindebeamte sind, obschon die Standesbuchführung immer eine Staatsangelegenheit ist und bleibt. Es sei rechtlich unmöglich, daß der Standesbeamte von der Gemeinde zur Versehung von Standesamtsgeschäften durch einen privatrechtlichen Vertrag in ihren Dienst genommen wird, also als Nichtbeamter. Nach § 4 Abs. 4 d. G. ist er Beamter der Gemeinde, gleichviel, ob ihm eine Anstellungsurkunde ausgehändigt worden ist oder nicht. Seine Gemeindebeamteneigenschaft folgt hier unmittelbar aus Reichsrecht, welches durch § 1 KBG. weder beseitigt noch eingeschränkt werden konnte.[48]

Das Vorhandensein von landesrechtlichen Bestimmungen, die anordnen, daß bestimmte Personen Beamte seien oder als Beamte anzustellen seien oder ein dem entsprechender Wille des Gesetzgebers, würden nach Vogels also ebensowenig ausreichen wie der Wille der anstellenden Behörde, jemandem die Beamteneigenschaft im Sinne des KBG. zu verleihen. Vielmehr müssen hierzu noch die Tatsachen hinzu-

45) Vogels, a.a.O., S. 13.
46) ebenda.
47) Pr.Komm.Arch. 6, S. 708. RGStr. 16, 380; 31, 294.
48) E. d. OVG. vom 13. 6. 1912; Pr.V.Bl. 34, S. 50.

kommen, von denen das Gesetz die Entstehung der Beamteneigenschaft abhängig macht, insbesondere aber die Aushändigung einer Anstellungsurkunde. Dieser formale Akt der Aushändigung der Anstellungsurkunde bleibe immer das Entscheidende für die Entstehung eines Beamtenverhältnisses. Umstände, aus denen auf ein Beamtenverhältnis geschlossen werden könnte und für deren Auslegung Wissenschaft und Rechtsprechung eine Reihe von Grundsätzen aufgestellt hat, erkennt Vogels niemals als ausreichend an. Sie sollen nur in Zweifelsfällen zur Entscheidung der Frage dienen, ob die ausgehändigte Urkunde eine wahre Anstellungsurkunde im Sinne des Kommunalbeamtengesetzes sei. Dabei müsse für die Entscheidung der Frage, ob nach innen ein Beamtenverhältnis zur Entstehung kommt, immer der Parteiwille maßgebend bleiben. Für die Begründung des Beamtenverhältnisses gilt daher der Satz, daß ein solches Verhältnis einerseits durch freie Entschließung der Anstellungsbehörde, andererseits der des Beamten selbst zur Enstehung gelangt.[49] Daraus ergibt sich, daß einer Privatperson, abgesehen von der Zwangsdienstpflicht, ein Dienstverhältnis, das nach gesetzlicher Bestimmung auch nach innen ein Beamtenverhältnis darstellt, nicht wider ihren Willen aufgezwungen werden kann. Dieser Wille wird aber gewöhnlich schon in der Bewerbung um ein Amt zu sehen sein.[50] Denn bewirbt sich jemand um einen Beamtenposten, so ist darin zugleich seine stillschweigende Zustimmung zu erblicken, das ihm darauf hin übertragene Amt anzunehmen.

Andererseits ist es auch in jedem Falle erforderlich, daß eine Anstellung „als Beamter" erfolgt. Denn das Gesetz sagt ausdrücklich „als Kommunalbeamter im Sinne dieses Gesetzes gilt, wer als Beamter .... angestellt ist". Die Parteien müssen also darüber einig sein, daß ein Beamtenverhältnis zur Entstehung gelangen soll, nicht nur ein privatrechtliches Dienstverhältnis. Diese Einigung könnte also wohl in Zweifelsfällen als Auslegungsregel dafür dienen, ob die ausgehändigte Urkunde eine solche im Sinne des § 1 Satz 2 KBG. ist. Niemals könne aber diese Enigung aus der Art der übertragenen Geschäfte gefolgert werden, wie es das Reichs-

49) Dieser Satz stimmt vollkommen überein mit der von W. Jellinek propagierten und heute immer mehr anerkannten Auffassung des Dienstverhältnisses als einen zweiseitigen Verwaltungsakt, vergl. Walter Jellinek, i. Festgabe f. d. Oberverwaltungsgericht, IV, S. 117.

50) v. Rheinbaben, im: Wörterbuch des deutschen Staats- und Verwaltungsrechts, S. 362. Pr.Verw.Bl. 42, 465.

gericht in vielen Fällen getan hat und dessen weite Auslegung des Begriffs der Anstellungsurkunde von den Anhängern des Oberverwaltungsgerichts abgelehnt wird.

Vogels[51] hebt vielmehr ganz besonders hervor, daß im allgemeinen nicht schon die Einigung die rechtliche Wirkung der Beamtenanstellung hervorruft, sondern diese auch durch den Inhalt der Anstellungsurkunde mit bestimmt sein müsse. Die konstitutive Kraft der Anstellungsurkunde trete neben die rechtserzeugende Wirkung der Einigung. Die Uebertragung eines bestimmten Kommunalamtes muß also zum Ausdruck gebracht worden sein. Geht also aus der Urkunde die Begründung eines nur privatrechtlichen Dienstverhältnisses hervor, ging aber die Einigung dahin, ein Beamtenverhältnis zur Entstehung gelangen zu lassen, so wäre eine Anstellung als Komunalbeamter nicht erfolgt. War umgekehrt die Einigung nur auf die Begründung eines privatrechtlichen Dienstverhältnisses gerichtet, während die Anstellungsurkunde die Begründung eines Beamtenverhältnisses zum Ausdruck bringt, so wäre ebenfalls eine wirksame Beamtenanstellung nicht erfolgt.[52] Auf keinen Fall ist dann aber eine Beamtenanstellung zustande gekommen, wenn trotz vorhandener Einigung dem Bewerber überhaupt keine Urkunde ausgehändigt worden ist. Wenn auch im öffentlichen Recht im allgemeinen an dem Grundsatz der Formlosigkeit festzuhalten ist,[53] so begründet doch überall dort, wo die Form wie im Kommunalbeamtengesetz[54] gesetzlich vorgeschrieben ist, deren Mangel die Nichtigkeit des betreffenden Verwaltungsaktes.[55] Das trifft hier umsomehr zu, als der Gesetzgeber durch positiv rechtliche Regelung bestimmt hat, daß die Anstellungsurkunde nicht nur ein Beweismittel für die erfolgte Anstellung ist. Für die preußischen Kommunalbeamten ist die rechtserzeugende Wirkung durch die Worte des Gesetzes festgelegt: „Die Anstellung erfolgt durch Aushändigung einer Anstellungsurkunde". Die Anstellungsurkunde ist also ein Bestandteil der Erklärung des Anstellungswillens. Ihr Inhalt ist dazu bestimmt, dem Anzustellenden und allen Dritten gegenüber den Anstellungswillen kundzugeben, erschöpft sich aber

51) a.a.O., S. 45.
52) Vogels, a.a.O., S. 45.
53) Pr.Komm.Arch. 6, S. 515.
54) Ferner auch dem Beispiele des KBG. folgend der § 6 des Thüringischen Staatsbeamtengesetzes sowie § 72 der Thüringischen Gemeinde- u. Kreisordnung.
55) Kormann, System der rechtsgeschäftlichen Staatsakte, § 22, S. 175, § 29, S. 260.

nicht mit dieser Beweisfunktion, sondern hat darüber hinausgehend zusammen mit der Aushändigung rechtserzeugende Kraft.[56] Mit ihrer Aushändigung entsteht das Beamtenverhältnis. Vor der Aushändigung der Urkunde besteht kein Amt und kein Beamtenverhältnis.

Die Kommunen haben es demnach völlig in ihrer Hand, wem sie die Beamteneigenschaft im Sinne des KBG. verleihen wollen. Nur wer von ihnen als Beamter angestellt ist, ist ihnen gegenüber Beamter. So kann es also vorkommen, daß es Personen gibt, die wir mit der Ausübung obrigkeitlicher Befugnisse betraut, als Beamte im allgemein-wissenschaftlichen oder materiellen Sinne kennen gelernt haben, die deshalb keine Kommunalbeamte sind, weil ihnen keine Bestellungsurkunde ausgehändigt worden ist.[57] In diesem Falle ginge also der Begriff des Beamten über den der Anstellung hinaus und wir können daher zwischen angestellten und nichtangestellten Beamten unterscheiden. Wiederum steht es der Kommune frei, Angestellten mit rein mechanischer Tätigkeit durch Aushändigung einer Anstellungsurkunde Beamteneigenschaft zu verleihen (sog. Beamte im formellen Sinne). In diesem Falle bildet die Anstellung die Basis für den Beamtenbegriff und wir haben beamtete und unbeamtete Angestellte zu scheiden.

In den sog. nichtangestellten Beamten hat sich seit einigen Jahren eine Gruppe von Angestellten herausgebildet, die nach Dienstpflichten und Besoldung in weitestem Maße dem öffentlichen und nicht dem des Privatrechts angepaßt sind. Diese „Angestellten", vielfach Dauerangestellte oder ständig Angestellte bezeichnet, können zur Erfüllung der kommunalen Aufgaben dauernd nicht entbehrt werden, und von ihnen wird eine der Bedeutung ihrer Arbeit für das Allgemeinwohl unentbehrliche Hingabe und Treue für das Amt verlangt.[58] Ihre Rechtsstellung ähnelt in jeder Beziehung einem Beamtenverhältnis.[59] Ihre amtlichen Verrichtungen sind auch häufig die gleichen wie die der Kommunalbeamten, deren Rechte auf Grund ihrer beamtenmäßigen Anstellung ihnen aber nicht zukommen. Also gleiche Pflichten aber weniger Rechte.[60] Zu alledem trifft sie noch eine erhöhte strafrechtliche Haftung,

56) Vogels, a.a.O., S. 50.
57) Möller, a.a.O., S. 335; Eckstein, im: Arch. f. öff. R. 27, 492.
58) Klingenberg, im: Deutschen Kommunalkalender, 27, S. 226.
59) Naheres siehe Wacke, Die Rechtsstellung der kommunalen Dauerangestellten in Preußen, § 14, S. 34 ff.
60) Friedrichs, Handwörterbuch der Rechtswissenschaften, Bd. I, S. 544.

auch wenn sie gar nicht Beamte im Sinne des Kommunalbeamtengesetzes sind. Denn da es einen einheitlichen Beamtenbegriff nicht gibt,[61] vielmehr jemand Beamter im Sinne dieses oder jenes Gesetzes ist, so hat auch das Strafrecht in § 359 StGB. einen besonderen Beamtenbegriff für sein Anwendungsgebiet festgelegt. Die materiellen Voraussetzungen für die Bestimmung der Beamteneigenschaft im Sinne des Strafgesetzbuchs werden daher von den Vorschriften des Kommunalbeamtengesetzes nicht berührt. Entscheidend dafür ist lediglich, ob von der zuständigen Amtsstelle eine Berufung zur Wahrnehmung öffentlicher Funktionen, die dem Staatswesen mittelbar oder unmittelbar dienen, stattgefunden hat.[62] Für die strafrechtliche Beurteilung ist also wesentlich die Art der Dienste, die geleistet werden. Der als Beamte anzusehende Dauerangestellte steht also unter allen Strafbestimmungen des Strafgesetzbuchs und der Nebengesetze, die für Beamte gelten.

Daß eine derartige Entwicklung, die zur Entstehung einer besonderen Kategorie von Kommunalbediensteten führte, die zwischen Angestellten und Beamten steht, nicht beabsichtigt war, läßt sich aus der Ausführungsanweisung des Ministers vom 12. 10. 1899 (Art. I 5, 2 und 3) einwandfrei nachweisen. Lediglich die nicht mit obrigkeitlichen Funktionen ausgestatteten Personen durften die Gemeinden weiterhin im Wege der zivilrechtlichen Dienstmiete annehmen. Recht und Pflicht der Aufsichtsbehörden sollte es aber bleiben, die Wahrnehmung obrigkeitlicher Funktionen durch Beamte nötigenfalls im Wege des Zwanges durchzusetzen.

Diese Zwangsmittel können nun darin bestehen, daß die Aufsichtsbehörde die Ausübung obrigkeitlicher Funktionen durch einen Privatangestellten verhindert[63] oder, wenn zur ordnungsmäßigen Wahrnehmung der Geschäfte die Schaffung von Beamtenstellen notwendig erscheint, dies im Wege der Zwangsetatisierung (§ 78 öStO.; § 19 ZG.) zu erzwingen.[64] Neben der Exekutivstrafe bietet der § 132 LVG. auch die Ersatzvornahme, so daß die Aushändigung der Urkunde auch von Aufsichts wegen angedroht werden kann.[65]

61) Helfritz, Grundzüge des preußischen Kommunalrechts, S. 34; siehe auch Möller, a.a.O. S. 289 ff.
62) RGStr. 37, 327; 49,111; 50,356; 51,65; 52,68; 56,367; 106,19 und JW. 47,448.
63) Gordan, Gemeindebeamte, S. 208.
64) Ledermann, Städteordnung, S. 290.
65) Uebereinstimmend Preuß, Städtisches Amtsrecht, 1902, S. 405; Matthias, Die städtische Selbstverwaltung i. Pr. S. 141; Kautz-Appelius, S. 50; a. M. Ledermann,

Die Anweisung des Ministers hat aber verhältnismäßig wenig Erfolg gehabt. Das beweist erstens das große Heer der mit obrigkeitlichen Befugnissen betrauten Dauerangestellten und dann das immer stärker werdende Verlangen nach einer strafferen Handhabung der Kommunalaufsicht. Um nun dem Angestellten, dem zu Unrecht oder aus vorsätzlichem oder fahrlässigem Verschulden der Anstellungsbehörde eine Anstellungsurkunde im Sinne des § 1 Satz 2 KBG. nicht ausgehändigt worden ist, zu helfen, ist die Frage aufgeworfen worden, ob nicht in diesen Fällen ein Schadensersatzanspruch nach Art. 131 RV. gegen die Gemeinde gegeben ist. Diese Frage wird lebhaft umstritten. Die herrschende Meinung legt als maßgebliches Moment für die Anstellung den Anstellungswillen zugrunde. Anstellung und Aushändigung der Urkunde seien nicht identisch, vielmehr beziehe sich die Vorschrift des § 1 Satz 2 KBG. nur auf die Form der Willenäußerung, dagegen habe sie nicht die Bestimmungen über die Form abgeändert, in der der Anstellungswille der Gemeinde rechtsgültig zur Entstehung komme. Hierfür bleibe der alte Rechtszustand bestehen, der den Anstellungswillen nach wie vor durch konkludente Handlungen rechtswirksam zur Entstehung kommen läßt. Dann ist aber die formelle Vollziehung der Anstellung durch Aushändigung der Urkunde eine Rechtspflicht der Stadt, bei deren Unterlassung sie dem Betroffenen schadensersatzpflichtig werde.[66] In allen diesen Fällen könne daher auf die Unterlassung der Aushändigung der Urkunde ein im ordentlichen Gerichtsverfahren verfolgbarer Schadensersatzanspruch gestützt werden.[67]

Eine Aenderung des früheren Rechtszustandes hätte danach auch das Kommualbeamtengesetz nicht geschaffen, nur daß jetzt nicht mehr die Klage unmittelbar auf Zahlung des Beamtengehalts, sondern auf Schadensersatz für die rechtswidrige Vereitlung dieses Anspruchs geht.

Folgerichtig können die Vertreter der in diesem Kapitel behandelten Richtung dem nicht zustimmen. Sie lehnen die Annahme ab, daß das Gesetz die Aushändigung der Urkunde

S. 87; Oertel, S. 218; Vogels, S. 65. Nach Vogels Ansicht könne die Aushändigung der Anstellungsurkunde durch Dritte nicht den Erfolg haben, daß der Anzustellende Beamter des Kommunalverbandes würde. Zu diesem Zwecke müßte sie vom Kommunalverbande selbst ausgehen.

66) Preuß, Städtisches Amtsrecht, (1902) S. 403.

67) So übereinstimmend: Sarau im PrVBl. 30, 105; Oertel, Städteordnung, S. 335; Wölbling, Das Recht der Gemeindebeamten und Angestellten. S. 56; Aßmann, Das Beamtendienstverhältnis ... § 15, S. 93.

als das äußere Kennzeichen des Anstellungswillens aufgestellt habe, eine rechtsbegründende Wirkung des Anstellungswillens, dieser für sich allein betrachtet, aber bestehen gelassen habe.[68] Wenn ein Gesetz die Entstehung eines Rechtsverhältnisses an eine bestimmte Form geknüpft hat, so sollen die Pflichten beider Teile eben erst durch die Beobachtung dieser Form zur Entstehung gelangen. Der Anstellungswille müsse als Grundlage einer Verpflichtung zur Aushändigung einer Anstellungsurkunde ausgeschaltet werden. Als Rechtsgrund zu einer solchen Verpflichtung bleibe nur das objektive Recht. Gesetzliche Bestimmungen, die der Anstellung des Beamten nach allgemeinen Merkmalen z. B. nach der Natur der Dienste vorschreiben, fehlen aber.

Das bisher behandelte beamtenrechtliche Schrifttum hält also im wesentlichen wie das OVG. an der durch die Entstehungsgeschichte bewiesenen konstitutiven Bedeutung der Anstellungsurkunde fest und lehnt mangels besonderer Gesetzesbestimmungen die Begründung der Kommunalbeamteneigenschaft durch Uebertragung obrigkeitlicher Funktion ab. Zuzugeben ist, daß die willkürliche Erteilung der Anstellungsurkunde seitens der Anstellungsbehörden und der im allgemeinen ungenügende Schutz dagegen durch Anrufung der Aufsichtsbehörden oder Geltendmachung eines bis heute noch nicht anerkannten Schadensersatzanspruches keineswegs einen so zweifelsfreien Rechtszustand geschaffen hat, wie ihn der Gesetzgeber beabsichtigte. Eine Aenderung dieses Zustandes durch den vom RG. vorgeschlagenen Weg steht jedoch im Widerspruch zu den ausdrücklichen Vorschriften des Gesetzes. Wegen der durch die Handhabung des § 1 Satz 2 KBG. erfolgten Unbilligkeiten und maßgebend beeinflußt durch die konstante Rechtsprechung des RG. wächst aber ständig die Anzahl derer, die der Aushändigung der Anstellungsurkunde nicht mehr die konstitutive Bedeutung beizulegen vermögen, die ihr auf Grund der Entstehungsgeschichte des Kommunalbeamtengesetzes zukommt.

68) Vogels, a.a.O. S. 61.

C. 5.

Gegenmeinungen:
Kommunalbamter auch ohne Anstellungsurkunde.

Die Anhänger des Reichsgerichts begründen ihre Ansicht, wonach Beamteneigenschaft im Sinne des Kommunalbeamtengesetzes auch durch Uebertragung obrigkeitlicher Funktion erworben werden könne, ebenfalls wie das Reichsgericht mit einem allgemeinen staatsrechtlichen Grundsatze, mit Billigkeitserwägungen, und dem Wortlaute des Gesetzes. Vertreter dieser Lehre sind besonders Nischk, Cornelius, Jellinek und Brand.[69]

Wenn das Gesetz sagt: „Die Anstellung erfolgt durch Aushändigung einer Anstellungsurkunde", so drücke es nach der Ansicht von Nischk[70] und Cornelius[71] damit keinesfalls aus, daß die Anstellung nur auf diese Weise erfolgen könne. Vielmehr könne der Wortlaut des § 1 Satz 2 KBG. auch dahin verstanden werden, daß diese Art der Anstellung nur die regelmäßige sei und andere Möglichkeiten nicht ausschließe. Die Vertreter dieser Lehre verkennen dabei nicht, daß die Begründung der Anstellungsurkunde konstitutive Bedeutung beigelegt hat, begründen aber ihre Meinung damit, daß ja vom Gesetzgeber im Einklang mit dem Rechte der Reichsbeamten als sicherstes Kriterium für die Anstellung die Aushändigung einer Anstellungsurkunde geschaffen wurde. Die betreffende Bestimmung des § 4 RBG. wurde aber vom Reichsgericht dahin ausgelegt, daß die Anstellungsurkunde keine wesentliche Voraussetzung für die vermögensrechtlichen Ansprüche der Beamten sei. Wenn auch die Fassung des § 1 Satz 2 KBG. eine andere sei als die des Reichsbeamtengesetzes, so hätte aber doch das KBG. in bestimmter Weise zum Ausdruck bringen sollen, daß die Eigenschaft eines Kommunalbeamten ausschließlich nur durch die Aushändigung einer Anstellungsurkunde erlangt werden könnte.

Der Hinweis der Begründung auf das Reichsbeamtengesetz war, wie wir am Anfang unserer Ausführungen bereits

---

69) Brand hat in seinem bekannten Buche: „Beamtenrecht seinen Standpunkt seit der 2. Aufl. gewechselt und sich heute auch dem RG. angeschlossen. In der 1. Aufl. (1914) hatte auch er im Falle des KBG. der Aushändigung der Anstellungsurkunde konstitutive Bedeutung zugelegt.

70) Das Kommunalbeamtenrecht. 1929. S. 42.

71) i. „Kreisbeamter", Nr. 21 (27), S. 121.

erwähnten, zu erklären, daß im Gegensatz zum RG. das OVG. in ständiger Rechtsprechung sich dahin ausgesprochen hat, daß die Aushändigung der Anstellungsurkunde wesentlich für die Begründung der Eigenschaft eines Reichsbeamten sei und das KBG. ja in deutlichem Gegensatz zu der reichsgerichtlichen Judikatur geschaffen wurde. Außerdem wollte man aber mit der im Verhältnis zum RBG. deutlicheren Bestimmung des § 1 Satz 2 KBG. jeden Zweifel über dessen Bedeutung beseitigen.

Dieses Argument von Nischk und Cornelius läßt sich daher nicht gegen die konstitutive Bedeutung der Anstellungsurkunde verwerten.

Wichtiger bleibt die Behauptung eines allgemein staatsrechtlichen Grundsatzes, wonach die Ausübung obrigkeitlicher Funktionen Beamteneigenschaft auch im Innenverhältnis zur anstellenden Behörde schafft. Dessen Begründung ist etwa folgende: Hoheitsrechte hat nur der Staat und er kann diese nur durch Organe ausüben, die seinem Willen unterworfen und die seinen Willen auszuführen bestimmt sind. Das sind die Beamten. Daher verleihe also die Uebertragung hoheitsrechtlicher Funktion nicht nur nach außenhin dem im Privatdienstverhältnis Angestellten die Beamteneigenschaft, sondern auch im Innenverhältnis zu der öffentlichen Körperschaft, die ihn angestellt hat, ohne Rücksicht darauf, ob sie seine Anstellung als Beamter gewollt hat oder nicht.[72] Das Staatsinteresse erfordere, daß nur ständig auf Lebensdauer angestellte Beamte mit der Ausübung öffentlicher Gewalt betraut würden. Der Wunsch des Gesetzgebers,[73] daß obrigkeitliche Funktionen ausschließlich nur von Beamten ausgeübt werden sollen, wird von Cornelius[74] jener anderen Absicht des Gesetzgebers im Interesse der Rechtssicherheit die Erlangung der Beamteneigenschaft unbedingt von der Erfüllung eines Formalaktes abhängig zu machen, gleichgestellt. Dem ersteren dürfe nicht weniger Bedeutung beigemessen werden, da er keineswegs nur den Interessen der Beamten Rechnung trage, sondern in erster Linie das allgemeine staatliche Interesse, die Notwendigkeit, die Ausübung öffentlicher Gewalt nur Personen zu übertragen, die durch ihre gesicherte dau-

72) Nichk, Das Kommunalbeamtenrecht, S. 43.
73) Siehe Ausführungsanweisung Art. I, 5.
74) i.: „Kreisbeamter", Nr. 21, (27), S. 121.

ernde Anstellung nach Möglichkeit gegen die Versuchungen eines Amtsmißbrauchs geschützt sind, berücksichtigt. Cornelius behauptet, daß eine Rechtssicherheit nicht dadurch erreicht worden sei, daß man die Aushändigung der Anstellungsurkunde zur unerläßlichen Voraussetzung der Erlangung der Beamteneigenschaft gemacht hat. Die gescheiterte Absicht des Gesetzgebers, durch die Bestimmung des § 1 Satz 2 KBG. Rechtssicherheit zu schaffen, soll daher nicht dazu führen, den anderen ausgesprochenen Wunsch des Entwurfs, nur als Beamte Angestellte zur Ausübung hoheitsrechtlicher Befugnisse zuzulassen, gleichfalls scheitern zu lassen.

In der Tat muß aus den Worten: „An dem bisher geltenden Grundsatze ist festzuhalten, daß ....." geschlossen werden, daß der Gesetzgeber diesen Grundsatz durch die Bestimmungen des Gesetzes weder beseitigt noch eingeschränkt sehen wollte. Vielmehr sollte er als ein unumstößlicher, unantastbarer Satz des deutschen Staatsrechts, eine Selbstverständlichkeit sein, an deren Erfüllung der Gesetzgeber keinen Augenblick zweifelte und es daher für überflüssig hielt, noch eine entsprechende Bestimmung in den Gesetzestext aufzunehmen. Aber selbst wenn ein solcher selbstverständlicher Grundsatz besteht, so ist noch nicht einzusehen, warum er dem Gesetzestext, dessen Bedeutung durch die Entstehungsgeschichte genügend geklärt ist, vorgehen solle. Jedenfalls bedarf es noch eines Nachweises, daß, abgesehen von § 1 Satz 2 KBG. auch die Uebertragung obrigkeitlicher Funktion Beamteneigenschaft auch im Verhältnis zur anstellenden Behörde schafft. Auch Billigkeitserwägungen vermögen nicht daran zu ändern, daß nun einmal der Aushändigung der Anstellungsurkunde konstitutive Bedeutung durch den Gesetzgeber beigelegt worden ist, die den Erwerb der Beamteneigenschaft ohne diesen formellen Akt unmöglich macht. Cornelius[75] erachtet es als ein Gebot der Gerechtigkeit, daß grundsätzlich derjenige, welcher die Pflichten und die Verantwortung eines Beamten trägt, auch die Rechte eines Beamten hat, und daß von diesem Grundsatz ohne zwingende Veranlassung keine Ausnahme gemacht werde. Irrige Rechtsauffassung, die Nachlässigkeit oder gar der böse Wille einer Behörde dürfe nicht dazu führen, einem Angestellten, der

75) i.: „Kreisbeamter", Nr. 21 (27) S. 121.

jahrelang ein Amt, das mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden ist, die Rechte eines Beamten zu versagen.

Diesen Ausführungen Cornelius' kann in Anbetracht der heute bei den Kommunalverbänden herrschenden Verhältnissen nur beigepflichtet werden. Andererseits dürfen sie aber nicht dazu dienen, eine Bestimmung abzutun, die in der Fassung eindeutig den vom Gesetzgeber ausgesprochenen gewollten Inhalt bekundet.

D. 1.

Betrachtungen zur Rechtsprechung des Reichsgerichts.

Die Rechtsprechung des Reichsgerichts muß schwerste Bedenken auslösen. Sie ist, besonders unter Berücksichtigung der ihr entgegenstehenden Auffassung des preußischen Oberverwaltungsgerichts geeignet, das Beamtenrecht der Gemeinden geradezu zu zerrütten. Ueber die Anstellungsbedingungen wird hinweggegangen. Schreibt eine Gemeinde Anwärterzeit und Prüfung vor, so kann der zur Vorbereitung angestellte Beamte nur angestellt werden, wenn er die Ausbildung vorschriftsmäßig erledigt. Der Angestellte, dem obrigkeitliche Funkionen übertragen werden, wird dadurch ohne Ausbildung und Prüfung Beamter auf Lebenszeit. Solange die Divergenz in der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des preußischen Oberverwaltungsgerichts besteht, ist ein solcher „Beamter" praktisch auch bei schweren disziplinarischen Vergehen unabsetzbar, es sei denn, daß er durch ein Strafurteil das Amt verliert. Wird ihm nämlich, weil er nach der Ansicht der Anstellungsbehörde Privatangestellter ist, gekündigt, so wird er im ordentlichen Rechtsweg sich den Gehaltsanspruch erstreiten, weil er lebenslänglich angestellter Beamter sei. Wird das Disziplinarverfahren gegen ihn betrieben, so werden die Verwaltungsgerichte es einstellen, weil ihm keine Anstellungsurkunde ausgehändigt sei. Soll ihm nun eine Anstellungsurkunde nur deswegen ausgehändigt werden, damit er disziplinarisch aus dem Amt entfernt werden kann?[1] Hiermit ist schon genügend dargetan, daß die jetzige Rechtslage für Gemeinden und Beamte unhaltbar ist.

1) Fölsche, in: Ztschr. f. Beamtenrecht, 1930, S. 111 ff.

Es sei aber auch einmal die Methode der Rechtsfindung des Reichsgerichts über § 1 KBG. betrachtet. Auffallend erscheint bei der Lektüre der reichsgerichtlichen Rechtsprechung, daß der höchste deutsche Gerichtshof in allen seinen Entscheidungen niemals auf die Entstehungsgeschichte des Kommunalbeamtengesetzes eingegangen ist. Mit Ausnahme des Urteils vom 3. 4. 1908 hält er uneingeschränkt an seinem schon vor dem Inkrafttreten des KBG. vertretenen Standpunkt fest, daß die Beamteneigenschaft durch die Uebertragung einer mit obrigkeitlichen Akten verbundenen Tätigkeit erworben werden könne. „An diesem Standpunkt könne auch das KBG. nichts ändern." Mit diesen wenigen Worten wird das KBG. abgetan. Mit einigen knappen Sätzen wird in allen Entscheidungen nur der § 1 Satz 2 behandelt, ohne daß das Reichsgericht die Motive, die zum Erlaß dieser Gesetzesstelle drängten, berücksichtigte. Die Rechtsprechung legt ja nun zwar seit langem auf die Begründung eines Gesetzesentwurfes und die sonstigen Materialien nicht das entscheidende Gewicht, sie könnten nicht schlechthin den Ausschlag geben bei der Auslegung eines Gesetzes. Der Verfasser des Entwurfs sei nicht der Gesetzgeber.[2] Dabei darf aber doch nicht unberücksichtigt bleiben, was die Motive über den Anlaß zur Einbringung des Entwurfs und die Zwecke, die damit verfolgt werden, sagen. Es ist daher die Annahme nicht ausgeschlossen, daß das Reichsgericht bei näherer Prüfung der Motive und der Begründung zu dem Kommunalbeamtengesetz doch noch einmal zu einer anderen Entscheidung gelangen wird. Jedenfalls wäre eine Prüfung der reichsgerichtlichen Rechtsprechung in dieser Hinsicht wünschenswert.[3]

Läßt aber die Entstehungsgeschichte des Gesetzes einwandfrei die Feststellung zu, daß der Anstellungsurkunde konstitutive Bedeutung beizumessen ist, so kann an der vom Reichsgericht vertretenen Begründung der Kommunalbeamteneigenschaft aus dem inneren Wesen der Sache heraus durch Uebertragung hoheitlicher Funktionen nicht vorbeigegangen werden. Unsere Frage läßt sich daher nur durch eine Untersuchung beantworten dahin, ob das deutsche Recht alle obrigkeitlichen Funktionen zur Domäne des Beamtentums erklärt

2) Siehe Cornelius, Der Kreisbeamte. 1927. S. 121.
3) ebenda.

hat, ferner ob die Ausübung obrigkeitlicher Funktionen den mit diesen Aufgaben betrauten automatisch zum Beamten auch im Innenverhältnis zur anstellenden Körperschaft macht.

Friedrichs[4] legt zwar einer Prüfung der reichsgerichtlichen Entscheidungen in dieser Richtung, in Anbetracht der Schwierigkeit, die Entscheidungen eines obersten Gerichtshofes scharf genug zu kritisieren[5], weniger Bedeutung bei. Das Bestehen solcher allgemeiner vom Reichsgericht behaupteten Grundsätze ist für ihn durch die konstante Spruchpraxis des höchsten deutschen Gerichts gegeben. Für deren Rechtfertigung kommen allgemeine Gründe des Reichsrechts in Frage, wobei der Wortlaut der Reichsverfassung vom 9. 8. 1919 als solcher außer Betracht bleibt. Es handele sich auch nicht um Reichsgesetzgebung, derenZuständigkeit nachReichsverfassung Art. 10 Nr. 3 sich nur auf Grundsätze beschränkt, sondern um gemeines deutsches Verwaltungsrecht beruhend auf Gewohnheit oder Gerichtsgebrauch, dessen Bestehen durch die Reichsgerichtsentscheidungen bezeugt wird. Einen Kampf dagegen hält Friedrichs daher weder für erfolgversprechend noch wünschenswert.

Eine derartige Rechtfertigung ist aber nicht sehr befriedigend, da sie ja nichts beweist, sondern nur die Entscheidungen des Reichsgerichts als etwas unabänderliches hinzunehmen empfiehlt.

Will man daher die für das Reichsgericht maßgebenden allgemeinen Gründe des Reichsrecht verstehen, so ist ein Blick in die Geschichte des Beamtentums nicht zu umgehen. Diese Untersuchung wird vor allem auch den Zusammenhang mit der Entwicklung des Staates zu berücksichtigen haben, was Lorenz von Stein[6] mit den Worten ausdrückt: „Das Prinzip des Staatsdienerrechts ist innig mit der Entwicklung der Staatsidee verflochten".

D. 2.

a) Geschichtliche Entwicklung des Beamtentums.

Die ältesten Wurzeln des deutschen Beamtentums finden sich in den aus den Volkswahlen der germanischen Völker-

4) In: Ztschr. f. Beamtenrecht, Bd. 1, S. 267.
5) So auch Vogels, im: Verw.Arch. 31, 69.
6) L. v. Stein: Verwaltungslehre, T. 1, 1869. S. 343.

schaften hervorgegangenen „reges" und „principes". Sie sind ihrem Ursprung und Wesen nach noch Volksbeamte, nicht dagegen sind sie als Beamte im heutigen Sinne des Wortes anzusehen, da ein dem modernen Staat entsprechenderStaatsbegriff der damaligen Zeit noch fehlte. Das änderte sich mit der Entwicklung der damals vorherrschenden Genossenschaftsidee zur Herrschaftsidee. Eine tiefgreifende Umgestaltung der Handlungsorgane war die Folge. Aus den Beauftragten wurden die Herrscher ihres Volkes, die aus ihrer Gefolgschaft und ihrem Gesinde neue Beamte an Stelle der alten Volksbeamten setzten. In der altgermanischen Einrichtung des Gefolgschaftswesens, die als die eigentlichen Vorläufer des modernen Beamten[7] anzusehen ist, finden wir ein rein patriarchalisches Moment ausgeprägt. Das Beamtenverhältnis war ein echtes Gewaltverhältnis.

Die nächste Phase der Entwicklung, die durch die Verdinglichung der Herrschaftsverbände gekennzeichnet ist, setzte an die Stelle des Subordinationsprinzips den patrimonalen Charakter des Königstums[8]. Die höheren Beamten waren zu Lehnsträgern ihres Herrn geworden. Die früheren Verwaltungsbezirke unterstanden jetzt ihrer eigenen Herrschaft. Die früheren Amtsbefugnisse hatten sich in Hoheitsrechte verwandelt, die die Lehnsträger nun kraft eigenen Rechts ausübten. Die staatlichen Hoheitsrechte waren als unzertrennbares Zubehör des Grundbesitzes anzusehen.[9] Die Entwicklung des Beamtentums liegt seit dem in den Territorien. Die deutschen Territorialfürsten vergaben ihre Amtsaufträge in der Form von Aemtern an Vögte und Amtsleute, die in strenger Abhängigkeit von der Staatsgewalt standen.

Dieses Dienstverhlätnis und die zum Rat und Diener der Fürsten seit dem 15. und 16. Jahrhundert gemieteten studierten Juristen, bilden die doppelte Wurzel des neuen Beamtentums. Auch hier herrschte das patriarchalische Moment durchaus vor. Dieses neue Beamtentum bildete im Polizeistaat des 17. und 18. Jahrhunderts den eigentlichen Träger der Staatsgewalt und die festeste Stütze der Monarchie. In dieser Zeit erfolgte auch die Grundlegung zu einer Beamtengesetzgebung in Preußen unter Friedrich Wilhelm I. Die dem

7) H. Brunner, Deutsche Rechtsgeschichte, S. 195.
8) Preuß, im: Hdwb. d. komm. Wissenschaften, S. 313.
9) Bornhak, Deutsches Staatsrecht, S. 3.

Fürsten geleisteten Dienste galten, da sich in seiner Person die Staatsgewalt selbst verkörperte, durch ihn als dem Staate selbst geleistet. Aus dem patrimonalen Dienerrecht war ein Staatsdienerrecht des Rechtsstaats geworden, wenn auch ein gewisser obrigkeitsstaatlicher Geist dem Beamtenverhältnis stets eigen blieb, was sich auch nicht änderte, als die Stein-Hardenbergischen Reformen und die konstitutionelle Regierungsform in Preußen u. a. auch eine Reform des Beamtentums zur Folge hatte.

D. 2.

b) Rückblick und Lehren.

Aus diesem geschichtlichen Ueberblick lassen sich besondere Merkmale herausheben. Während das Mittelalter noch keinen berufsmäßigen Staatsdienerstand kennt, war die Schaffung besonderer Organe zur Ausübung der Hoheitsrechte der Fürsten allmählich zu einer Staatsnotwendigkeit geworden.[10] Das privatrechtliche Dienstverhältnis herrschte zur Zeit des Patrimonalstaates vor. Als sich aber mit der Entwicklung der Landeshoheit zur modernen Staatsgewalt die Staatsidee Bahn bricht, hatte sich auch die öffentlich-rechtliche Betrachtungsweise des Dienstverhältnisses durchgesetzt.

In früherer Zeit, wo sich die Aufgaben des Staates in der Hauptsache auf Gewährung des Rechtsschutzes und der Friedensbewahrung beschränkten, erforderte die Erfüllung der immerhin geringen obrigkeitlichen Funktionen, zu denen auch die Finanzverwaltung und die Verwaltung der Domänen und Forsten gehörte, nur eine kleine Anzahl Beamter.[11] Die Erweiterung der Staatsaufgaben brachte es aber mit sich, daß immer mehr Beamte mit nicht obrigkeitlichen Staatsaufgaben betraut wurden. Durch die Konzentration rein privatwirtschaftlicher Betriebe in der Hand des Staates trat neben die ursprünglich obrigkeitlichen Beamten ein Heer von Personen, die mit obrigkeitlichen Funktionen nicht das geringste zu tun hatten. Ihnen verlieh der Staat formell die Beamteneigenschaft und übertrug so auf sie schematisch Rechte und Pflichten der obrigkeitlichen Beamten.

10) Brand, Beamtenrecht, S. 1.
11) Lotz, Geschichte . . . , S. 3.

Der Name „Beamte" taucht erst im 19. Jahrhundert auf. Früher sprach man von königlichen Bediensteten. Im ALR.[12] findet sich die Bezeichnung „Staatsdiener". Es ist bezeichnend, daß eine gesetzliche oder wissenschaftliche Festlegung des Begriffes „Beamter" seit der Zeit der Festigung des Beamtentums im absoluten Staate nicht zu finden war. Man wußte, was man sich darunter vorzustellen hatte. Könnte der Landesherr, die ihm besonders eigentümlichen Hoheitsrechte selbst ausüben, so würde er es tun. Da er sie jedoch nicht allein handhaben kann, läßt er sie in seinem Namen durch seine Gehilfen ausüben. Daher erschöpfte sich die Tätigkeit der Beamten vorzüglich in der Ausübung staatlicher Hoheitsrechte. Er war ursprünglich nur Hoheitsbeamter. Die Art seiner Tätigkeit schied ihn von der Tätigkeit der Angehörigen anderer Berufe ab. Durch seine nur obrigkeitliche Tätigkeit war er genügend als Beamter gekennzeichnet. Dieses materielle Element ist daher alleiniges Merkmal für seine Beamteneigenschaft.[13]

D. 2.

c) Die Lehren Heffters, Bluntschlis u. a. vom Beamtenbegriff.

Die hier geschilderte Entwicklungslinie findet sich in der wissenschaftlichen Lehre wieder. Auch hier läßt sich die enge Verquickung des Beamtenbegriff des Amtes feststellen. Es wurde als die Vertretung der Staatshoheit den Staatsbürgern gegenüber angesehen. Heffter[14] unterscheidet eigentliche Staatsbeamte, bei denen der Sprachgebrauch allein schon etwas höheres im Amte ergibt und niedere Staatsdiener, die nur ausführen, was ihnen jedesmal befohlen wird. Bluntschli[15] bringt u. a. die Staatsbeamten, denen eine obrigkeitliche Gewalt, die Ausübung von Hoheitsrechten übertragen ist, im Gegensatz zu den öffentlichen Pflegern, denen keine Staatsmacht anvertraut ist. Gareis[16] stellt es bei der Beamteneigenschaft ebenfalls auf die sachliche Grundlage, die Ausübung von Staatshoheitsrechten ab, spricht aber auch den Personen mit untergeordneter mechanisch-technischer Tätigkeit die Be-

12) Tit. X, Teil 2.
13) Siehe zu allem Möller, a.aO. S. 282 ff.
14) Beiträge z. dtsch. Staats- und Fürstenrecht, S. 110 ff.
15) Algemeine Staatslehre, S. 116.
16) Allgemeines Staatsrecht in Marquardsens Handbuch, S. 160/161.

amteneigenschaft zu, falls ihre Dienste zur Durchführung von Hoheitsrechten bestimmt und erforderlich sind. Auch später geht die herrschende Meinung bei der Begriffsbestimmung des Beamten von der Art der Dienste aus. Gerber[17] und Pözl[18] unterscheiden zwischen Staatsämtern im weiteren Sinne und den eigentlichen obrigkeitlichen Staatsämtern und lehnen für die Personen, die Funktionen nur mittelbar für den Staat verrichten, die Staatsbeamteneigenschaft ab. In dem Begriff der Subalternen oder Amtsgehilfen kennen sie auch das formelle Erfordernis des Dienstverhältnisses. Diese seien aber als eigentliche Staatsdiener nicht zu betrachten. Zachariä[19] erachtet für den Staatsdienst die besondere Verpflichtung in der Form der öffentlichen Anstelung als wesentlich und materiell, daß es wirklich ein Staatsdienst ist. Auch er kennt den eigentlichen Staatsbeamten, zu dessen charaktristischen Merkmalen er die Ausübung von eigentlichen Regierungsrechten und eigenes Entscheidungs- und Verfügungsrecht zählt, weswegen alle diejenigen öffentlichen Diener, die nur die Befehle und Instruktionen der Vorgesetzten zu vollziehen haben oder eine mehr mechanische Tätigkeit entwickeln, nicht zu den Staatsbeamten zu rechnen sind.

D. 2.

d) Die Lehre Labands.

Demgegenüber sah Laband[20] in der formellen Seite des Dienstverhältnisses das alleinige Merkmal für die Beamteneigenschaft. Nicht das Amt ist für den Begriff des Beamten ausschlaggebend, sondern das Dienstverhältnis. Für Laband ist nicht entscheidend die Art der Dienste des Beamten, die könne sich der Staat auch durch Arbeitsvertrag verschaffen, maßgebend bleibe vielmehr die Art seines rechtlichen Verhältnisses zum Staat. Laband erweiterte somit den Begriff des Beamten und hat das formelle Element des Beamtenbegriffs, das der Anstellung ausgebildet. Beamter ist, wer vom Staate angestellt ist. In der Anstellung äußert sich der Wille der anstellenden Behörde, der betreffenden Person Beamteneigenschaft zu verleihen.

17) Gerber, a.a.O. S. 109/110.
18) Pözl, im: Dtsch. Stwb. v. Bluntschli, 1865, Bd. I, S. 204, Bd. 9, S. 686.
19) Zachariä, Deutsches Staats- u. Landesrecht, S. 16 ff.
20) Staatsrecht, 5. Aufl. S. 432. Anm. 1.

Demnach wäre es in das Belieben des Staates gestellt, nur noch mittels Nichtbeamter zu fungieren, ohne daß dadurch seine Funktionen im geringsten gestört würden.[21] Dem Beamten kommt aber schon ein ihm eigentümlicher Lebenskreis zu und der Satz, daß der Staat seine Funktionen auch mittels Nichtbeamter ausüben könne, wird in der Rechtsprechung und Praxis nicht anerkannt. Auch die Schöpfer des KBG. standen einer derartigen Anschauung fern.

D. 2.

e) Beamter und Staat.

Das Verdienst der organischen Staatsrechtslehre, mit der sich besonders der Name Otto von Gierke[22] verbindet, ist es, die grundlegende Verschiedenheit zwischen einer einfachen Stellvertretung und einem organschaftlichen Verhältnis eindeutig herausgearbeitet zu haben. Dieses Erkenntnis war von besonderem Wert für das Staatsrecht, da es den genossenschaftlichen Charakter des modernen Staates besonders zum Ausdruck brachte. Staat und Volk stehen sich hiernach nicht mehr als zwei nur durch das Band der Herrschaft zusammengehaltene, sonst aber verbindungslose Kreise einander gegenüber. Das Volk ist heute das bestimmende Staatselement geworden und daher kann auch bei konsequenter Durchführung dieses Gedankens heute keine Privatperson mehr irgend welche Herrschermacht, sei es auch nur im staatlichem Auftrag, übertragen werden.[23]

Wie eine jede juristische Person, so muß auch der Staat gewisse Organe haben, um überhaupt handlungsfähig zu sein. Der Staat braucht zu seiner Funktion einer Organisation, der Aemter. Der mit einem Amt Bekleidete ist berufen, die hoheitlichen Machtbefugnisse auszuüben. Den Untertanen gegenüber repräsentiert daher der Beamte den Staat. Soweit er obrigkeitliche Befugnisse ausübt, ist er somit ein Teil des Staates geworden. Die physische Person, der Organträger, ist unmittelbar in die Substanz des Staates eingefügt.[24] Die Identifizierung von Staat und Beamten einerseits und das Machtverhältnis des Staates zu seinen Funktionären im staatlichen

21) Möller, a.a.O. S. 334.
22) Gierke, Das dtsch. Genossenschaftsrecht, 1868.
23) Vgl. Köttgen, a.a.O. S. 28.
24) Köttgen, Ztschr. f. Selbstverwaltung, 12. Jg. Nr. 2, S. 28.

Interesse andererseits hat sich bis in die Neuzeit als das Wesensmerkmal des Beamten erhalten.[25] Hieraus folgt aber zugleich, daß der Staat bei denjenigen Personen, die er zur Ausübung hoheitlicher Amtsfunktionen beruft, ein vertragliches Dienstverhältnis wegen der Eigenart der damit verbundenen Zwecke ausgeschlossen ist, im Gegensatz zu den Beamten, die Staatsfunktion ausüben, die nichts mit der ursprünglichen Herrschaftsgewalt zu tun haben und deren Stellung ein besonderes Treue- und Gewaltverhältnis nicht erfordert. Die Dienste dieser Personen kann sich der Staat auch im Wege des Privatdienstvertrages verschaffen. Wenn und warum er das nicht tut, ist eine reine Zweckmäßigkeitsfrage.

Jahrhundertelange Entwicklung und die Lehre vom formellen Beamtenbegriff vermochten nichts an der Tatsache zu ändern, daß die dem Staate begriffsnotwendig wesentlichen Funktionen als alleinwesentliches Merkmal für den Beamtenbegriff im materiellen Sinne angesehen werden. Auf Grund der jahrhundertelangen geschichtlichen Entwicklung ist daher in Deutschland der Beamtenbegriff derart mit dem Begriff des Staates verknüpft, daß er aus dem Wesen des Staates überhaupt nicht mehr hinweggedacht werden kann.[26] Umgekehrt folgt nun aus diesem Grundsatz, daß derjenige, welcher staatshoheitliche Funktion ausübt, unbedingt Beamter sein muß.

Für die Entscheidung der Frage, welche Funktionen als obrigkeitliche anzusehen sind, hat das OVG.[27] ausgesprochen, daß obrigkeitliche Funktionen alle die sind, die in die Verfassung des Staates organisch eingreifen und Zwecke erfüllen, die in direkten Beziehungen zu den Staatsaufgaben stehen. Vor allen Dingen gehören drei Verrichtungen hierher: Die Befehlsgewalt, der öffentliche Glaube und die Teilnahme am amtlichen Dienstgeheimnis.[28] Die Ausübung staatlicher Hoheitsrechte muß immer ein Handeln aus eigener Initative sein, die Staatsgewalt muß dem Beamten zu eigener Handhabung übertragen sein.[29]

---

25) Möller, a.a.O. S. 285.
26) Möller, a.a.O. S. 338.
27) OVG. 20, 39; ebenso RG. 605, E. v. 24. 3. 82.
28) Vgl. Friedrichs, In: Ztschr. f. Beamtenrecht, 28/29, S. 211.
29) Nischk, a.a.O. S. 44.

D. 3.

Kein Kommunalbeamtenverhältnis durch Uebertragung obrigkeitlicher Funktionen.

Wir sind hiermit zu dem richtigen Kern der vom RG. aufgestellten Theorie gelangt. In der Tat können nicht alle Personen Organschaftliche Funktionen ausüben. Sie müssen sich vielmehr in einem organschaftlichen Verhältnis zu der betreffenden Körperschaft befinden, wobei das Beamtenverhältnis die typischste Erscheinungsform ist. Können wir insoweit auf Grund unserer Untersuchungen der reichsgerichtlichen Ansicht folgen und war auch fernerhin ein staatsrechtlicher Begriff festzustellen, der den mit obrigkeitlichen Funktionen Betrauten automatisch zum Beamten macht, so stand doch aber bisher die Befugnis des souveränen Gesetzgebers, einen solchen Begriff im Hinblick auf gewisse Rechtsfolgen zu gestalten, genau so außer Frage, wie die Unterwerfung des Richters unter das Gesetz.[30] Dieser staatsrechtliche Grundsatz kann daher nicht als dem Komunalbeamtengesetz prädominierend angesehen werden.

Das Reichsgericht nimmt eine nicht genügende Unterscheidung zwischen dem äußeren und dem inneren Beamtenverhältnis vor, wenn es behauptet, daß die Uebertragung obrigkeitlicher Befugnisse beamtenrechtliche Pflichten und Befugnisse ihres Trägers auch nach innen haben müsse. Die Voraussetzungen, unter denen ein Amtsverhältnis zustande kommt, wollte auch das KGB. nicht regeln, wohl aber wollte es den Personenkreis bestimmen, für den die in dem Gesetz geregelten Bestimmungen Geltung finden sollen. Wie die Motive, die Beratungen und die Begründung zum KGB. sowie die eindeutige Formulierung des § 1 KGB. unzweifelhaft ergibt, hat der Gesetzgeber den Erwerb der Komunalbeamteneigenschaft an ein sicheres äußeres Kriterium, eben die Aushändigung derAnstellungsurkunde knüpfen wollen. Die Bestimmung des § 1 KGB. hat danach die Bedeutung, daß die Anstellungsurkunde keineswegs mehr als Erkenntnismittel für die Kommunalbeamteneigenschaft in Betracht kommt, sondern die essentielle Voraussetzung für das Beamtenverhältnis bildet.[31] Das KGB. knüpft an die Uebergabe der Anstellungsurkunde

30) Vgl. Löwe, i. JW. 1929, 3382, Anm.
31) OVG. 43,69.

konstitutive Bedeutung. Ueber diesen Rechtsgrundsatz des § 1 KGB. kann daher nicht unter Hinweis auf einen allgemeinen staatsrechtlichen Grundsatz hinweggeschritten werden. Der dem RG. maßgebend allgemeine staatsrechtliche Grundsatz gehört nur dem materiellen Verfassungsrecht an, keinesfalls aber dem formellen und nur dieses ist ja mit einem juristischen Mehrwert gegenüber der einfachen Gesetzesnorm ausgestattet.[32] In allen den Fällen, wo, wie im Falle des KGB., der Erwerb der Beamteneigenschaft an das formale Kriterium der Aushändigung einer Anstellungsurkunde gebunden ist, kann daher einem solchen allgemeinen staatsrechtlichen Grundsatz keinerlei Bedeutung beigemessen werden. Da sowohl das Reichsbeamtenrecht als auch das preußische Staatsbeamtenrecht den Erwerb der Beamteneigenschaft an keinerlei formelle Kriterien gebunden haben, wird dieser allgemeine staatsrechtliche Grundsatz keineswegs völlig bedeutungslos, wenn er auch in dem besonderen Falle des KGB. nicht angewendet werden kann.

D. 4.

Angestellte im öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis.

Werden nun einer Person, die sich nicht in einem organschaftlichen Verhältnis befindet, dem oben entwickelten Prinzip zuwider obrigkeitliche Funktionen übertragen, so entsteht die Frage, welchen Einfluß diese Uebertragung auf die von einer solchen Person vorgenommenen Akte hat. Das RG. nahm ja in allen diesen Fällen an, daß diese Uebertragung hoheitlicher Funktionen die Beamteneigenschaft des Belehnten auch im Innenverhältnis zur Folge haben. Diese Ansicht entbehrt aber, wie wir gesehen haben, jeder Grundlage im positiven Recht. In den hier interessierenden Fällen ist den Betreffenden zwar ein Amt übertragen worden, jedoch fehlt es an einer organschaftlichen Beziehung im Innenverhältnis. Ein Amt kann aber nur einem derartig organisch verbundenen übertragen werden. Jede Abweichung davon würde gegen einen fundamentalen Grundsatz des deutschen Staatsrechts verstoßen. Wird daher einer Person ein Amt übertragen, daß sie, da sie nicht Organ ist, überhaupt nicht verwalten kann, so bleibt

32) Vgl. Köttgen, Ztschr. f. Selbstverwaltung, 12. Jg. Nr. 2. S. 26.

nichts anderes übrig, als die Amtsübertragung in diesem Falle als einen fehlerhaften Staatsakt zu betrachten. In diesen Fällen wäre dann die Amtsübertragung unwirksam und gleichfalls unwirksam die von dem zu Unrecht mit einem Amt Belehnten vorgenommenen obrigkeitlichen Akte.[33]

Es fragt sich daher, ob nicht zwischen der öffentlichen Körperschaft und dem Amtsträger doch noch irgendein Innenverhältnis besteht, das den Amtsträger organisch mit der öffentlichen Körperschaft verbindet. Es wäre immerhin denkbar, daß diesem Innenverhältnis weniger Bedeutung beigemessen worden ist.

Es ist daher einmal insbesondere möglich, daß einer Person ein Amt übertragen wird, ohne sie gleichzeitig organisch der betreffenden öffentlichen Körperschaft einzugliedern, was dann allerdings die Unwirksamkeit der Amtsübertragung zur Folge haben muß. Praktisch werden ja zwar die Fälle, in denen trotz Uebertragung eines Amtes die Anstellung bewußt unterlassen worden ist, kaum werden, da gewöhnlich die scharf zu trennenden Momente „Amtsübertragung" und „Anstellung" zusammenfallen. Wo es daher an einer klaren Formulierung des Anstellungsverhältnisses fehlt, wird man — soweit möglich — aus der Tatsache der Amtsübertragung auf die Begründung eines entsprechenden Anstellungsverhältnisse schließen dürfen.[34]

Ein anderer Fall ist noch denkbar, in dem es gleichfalls an einer organschaftlichen Beziehung, an einem Innenverhältnis fehlt. Dies ist aber keineswegs übersehen worden, es hat nur seine Regelung in einem Privatdienstvertrag gefunden, der ja für eine organische Verknüpfung des Amtsträgers in die öffentliche Körperschaft ungeeignet ist und demnach nicht als Grundlage einer Amtsübertragung dienen kann. Einem solchen Privatangestellten können nach den bisherigenAusführungen keine obrigkeitlichen Funktionen übertragen werden. Soll also in diesen sehr häufigen Fällen, — man denke nur an das Heer der mit obrigkeitlichen Aufgaben versehenen Dauerangestellten — die Amtsübertragung nicht ohne weiteres unwirksam sein, so müßte der Nachweis erbracht werden, daß trotzdem eine irgendwie geartete organschaftliche Beziehung zwischen Amtsträger und der öffentlichen Kör-

33) Köttgen, a.a.O. S. 29.
34) Köttgen, a.a.O. S. 29.

perschaft besteht, die durch den vorhandenen Privatdienstvertrag nicht berührt wird.[35]

Als eine Möglichkeit erscheint es, neben dem Privatdienstvertrag ein Beamtenverhältnis anzunehmen. Das wäre aber nur da möglich, wo die Entstehung des Beamtenverhältnisses nicht an eine besondere äußere Form gebunden ist. Der Privatdienstvertrag würde aber neben dem Beamtenverhältnis besonders dann seine Daseinsberechtigung verlieren, wenn, wie auch vom Reichsgericht[36] anerkannt, die obrigkeitliche Tätigkeit des Amtsträgers überwiegt. Die Existenz des Privatdienstvertrages schließt aber zugleich die Annahme aus, daß die Begründung eines Beamtenverhältnisses beabsichtigt war. Es würde somit gegen den Willen der Beteiligten gehandelt sein, wollte man dann neben dem Privatdienstvertrag noch ein Beamtenverhältnis zulassen.

Die vom Reichsgericht[37] geübte und von W. Jellinek[38] empfohlene Konversion führt auch nicht immer zu einem befriedigenden Ergebnis. In allen den Fällen, wo dem auf Privatdienstvertrag Angestellten ein Schreiben irgendwelcher Art über die Annahme seiner Dienst ausgehändigt worden ist, wird man unter Umständen aus der Art der ihm übertragenen obrigkeitlichen Geschäfte auf ein Beamtenverhältnis schließen können, denn die Aushändigung einer Urkunde, deren Form ja möglichst einfach gestaltet werden kann, bleibt nun einmal das Kriterium für die Anstellung als Beamter. Auf keinen Fall darf aber eine solche Konversion, wie dies im § 140 BGB. ausdrücklich gesagt worden ist, nicht zu Ergebnissen kommen, die in betontem Gegensatz zu den Absichten der Beteiligten stehen. Ueberall dort, wo von einer öffentlichen Körperschaft ein Privatdienstvertrag geschlossen worden ist, sollte daher trotz etwaiger Uebertragung obrigkeitlicher Aufgaben die Beamtenanstellung bewußt ausgeschlossen werden.

Ist hiernach weder ein Beamtenverhältnis parallel zu dem Privatdienstvertrag anzunehmen, noch eine Umdeutung eines Privatdienstvertrages in ein Beamtenverhältnis immer möglich, so bleibt nur noch übrig, neben dem Privatdienstvertrag zwar kein Beamtenverhältnis, sondern ein sonstiges öffentlichrechtliches Dienstverhältnis anzunehmen[39], das insoweit

35) Köttgen, a.a.O. S. 30.
36) RG. E. v. 23. 4. 1926, PrVBl. 48, 467.
37) RGZ. 99,267 E. v. 23. 4. 1926.
38) Verwaltungsrecht, S. 255.
39) Köttgen, a.a.O. S. 30.

genügen könnte, als ja für die Beziehungen zwischen Körperschaft und dem Amtsträger nur ein irgendwie geartetes organschaftliches Verhältnis verlangt wird. Auch ist hierin ein Widerspruch zu der Feststellung, daß die Ausübung obrigkeitlicher Funktionen bisher fast ausschließlich dem Beamten überlassen war, nicht zu finden. Das Beamtenverhältnis ist zwar die prominenteste jedoch keineswegs die alleinige Erscheinungsform des öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnisses.[40] DerAnnahme eines solchen inhaltlich nur äußerst schwach ausgeprägten Dienstverhältnisses dürften daher zumeist keine Bedenken entgegenstehen. Ein derartiges nicht dem Beamtenrecht unterliegendes öffentlich-rechtlichesDienstverhältnis ist vom positiven Recht bisher im allgemeinen wenig beachtet worden und daher weder in Bezug auf die Entstehung noch auf ihren Inhalt gesetzlichen Normativ-Bestimmungen unterworfen. Es braucht insbesondere keine besonderen Rechte im Interesse des Verpflichteten zu enthalten, sondern beschränkt sich nur auf die Begründung einer öffentlich-rechtlichen Dienstpflicht für den Verpflichteten. In dem Dienstvertrage haben daher alle die in dem — gemessen an dem Beamtenverhältnis — inhaltlosen öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis nicht geregelten Fragen eine privatrechtliche Regelung gefunden. Wenn daher auch inhaltlich das Schwergewicht auf dem Privatdienstvertrag beruht, so ist doch für die Ausübung obrigkeitlicher Funktionen allein das öffentlich-rechtliche Dienstverhältnis maßgebend.[41]

Diese Lösung unserer Frage bildet daher einen Ausweg an der durch die verschiedenartige Judikatur geschaffenen Lage. Vom beamten-politischen Standpunkt ist es dabei gleichgültig, ob der Beamte von dem Privatangestellten verdrängt wird, oder der unter öffentlich-rechtlicher Dienstpflicht arbeitenden Person, deren öffentlich-rechtliches Dienstverhältnis infolge seiner mangelhaften Ausprägung nicht entfernt die Garantie bietet wie das Beamtenverhältnis.[42]

Mit der Sicherung aller mit obrigkeitlichen Funktionen versehenen Aemter für das Berufsbeamtentum verfolgt das Reichsgericht ein durchaus berechtigtes Ziel. Es kann nicht bestritten werden, daß es das Staatsinteresse erfordert, daß

40) Lutz-Richter. Organisationsgewalt. Verwaltungsreform und Rechtsstaat. 1926, S. 11.
41) Köttgen, a.a.O. S. 31.
42) ebenda.

nur ständige auf Lebensdauer Angestellte mit der Ausübung öffentlicher Gewalt betraut werden. Der Grundsatz, daß derjenige, der die Pflichten und die Verantwortung eines Beamten hat, auch die Rechte eines Beamten haben soll, ist durchaus anzuerkennen, nur, daß in dem besonderen Falle des KBG. tatsächlich Ausnahmen von diesem Grundsatz entstehen können. Daß der vom Reichsgericht zur Erreichung dieser Ziele eingeschlagene Weg dem geltenden Recht widerspricht, habe ich oben darzulegen versucht. Die vom Reichsgericht geübte Spruchpraxis hat denn auch durchaus keine erfreulichen Ergebnisse gezeitigt, vielmehr eine große Unsicherheit in das Rechtsleben der Kommunalverbände hineingebracht.

E. Schlußbetrachtung.

Man kann daher wohl sagen, daß der Streit, wie er zur Zeit des sog. Falles „Malitz" bestand, in aller Heftigkeit wieder aufgelebt ist, ein Streit, den Bestimmungen, wie die des § 1 KBG. ja gerade ausschließen wollten. Der auch für die Kommunalbeamten unerfreuliche Streit hat dadurch neue Nahrung erhalten, daß die Spitzenverbände der Selbstverwaltung (Preußischer Städtetag; Verband der preußischen Provinzen; preußischer Landkreistag; Reichsstädtebund; Verband der preußischen Landgemeinden; preußischer Landgemeindetag — West) sich in einer Eingabe an den Minister des Innern vom 23. 3. 1929[1] scharf gegen die Ansicht des Reichsgerichts wenden und den Standpunkt vertreten haben, daß diese Rechtsprechung für die Gemeinden und Gemeindeverbände unhaltbar sei. Sie schlagen daher in ihrer Eingabe vor, entweder den § 1 KBG. neu zu schaffen mit folgendem Wortlaut: „Die Ausübung obrigkeitlicher Befugnisse allein ohne Aushändigung einer Anstellungsurkunde begründet ein Beamtenverhältnis nicht", oder den ordentlichen Rechtsweg durch Einführung des Verwaltungsstreitverfahrens auszuschalten.

Gegen diese Eingabe legten die Kommunalbeamten unter dem 27. 4. 1929 bei dem preußischen Minister des Innern entschieden Verwahrung ein und brachten dabei zum Ausdruck, daß die Abänderung des Kommunalbeamtengesetzes nicht bis zur allgemeinen Neuregelung des Beamtenrechts verschoben

1) Komba, 1929, S. 308.

werden kann und um beschleunigte Vorlage der seit vielen Jahren erstrebten Novelle zum Kommualbeamtengesetz baten.

Die Kommunalbeamten hatten durch den Zentralverband der Gemeindebeamten Preußens eine Reihe von Abänderungsvorschlägen[2] zum Kommunalbeamtengesetz aufgestellt, die einen Entwurf zu einem neuen KBG. enthalten. Den vorhandenen Mißständen will nun der Entwurf des Zentralverbandes durch zwei Grundsätze entgegenwirken: Einmal durch die Aufstellung des Grundsatzes, daß die Kommunalverbände verpflichtet sind, die zur Erledigung ihrer Aufgaben erforderlichen Beamtenstellen einschließlich der Stellen in den technischen Betriebsverwaltungen in ihren Haushaltsplan einzustellen, sodann durch Aufhebung des Grundsatzes der konstitutiven Kraft der Anstellungsurkunde und seine Ersetzung durch den Grundsatz, daß als Beamter im Sinne des Gesetzes gilt, wer in dauernder Stellung im Dienste eines Kommunalverbandes gegen Besoldung tätig ist.

Diesen Vorschlägen stehen schwerwiegende wirtschaftliche Bedenken gegenüber. Von den Kommunalverbänden zu verlangen, daß sämtliche Stellen, zu deren Erledigung dauernd ein Personal benötigt wird, mit Beamten besetzt werden, geht viel zu weit. Das würde eine zu große Einschnürung der Bewegungsfreiheit der Kommunalverbände zur Folge haben.[3] Die Kommunalverbände müssen für den Fall, daß ihre Entwicklung im ganzen oder ein einzelner Verwaltungszweig zurückgeht, einen gewissen Spielraum behalten, entbehrlich gewordene technische Kräfte abzugeben. Zuzugeben ist, daß die Annahme von Arbeitskräften durch Privatdienstvertrag heute einen viel zu weiten Umfang angenommen hat und daß auch eine schärfere Handhabung der Gemeindeaufsicht hier kaum Abhilfe schaffen würde.

Diese Petitionen beweisen, wie dringend notwendig eine baldige Abänderung des KBG. vom 30. 7. 1899 ist, um unter möglichster Berücksichtigung der von beiden Seiten gemachten Vorschläge einen Rechtszustand zu schaffen, der für strittige Punkte, wie sie heute nach wie vor bestehen, keinen Raum läßt. Als sicheres Kriterium für die Anstellung als Kommunalbeamter wird hierbei die Konstitutivkraft der Anstellungsurkunde beibehalten werden müssen, wolle man nicht den alten Rechtszustand, der Streitfragen Tür und Tor öffnet,

2) Siehe hierzu Vogels, im: PrVBl. 40, S. 477 ff.
3) Vogels, im: PrVBl. 40, S. 477 ff.

wieder herstellen. Andererseits wird man der Ausübung obrigkeitlicher Funktionen nur in der Form des Beamtenverhältnisses als der prominentesten Form des öffentlichrechtlichen Dienstverhältnisses zulassen können. Denn auf Grund jahrhundertelanger Entwicklung ist in Deutschland der Beamtenbegriff nun einmal notwendig mit der dem Staate und den öffentlichen Körperschaften begriffsnotwendig wesentlichen Funktionen verbunden. Es ist daher nicht einzusehen, warum von dem in der Literatur und Rechtsprechung anerkannten Satz, daß obrigkeitliche Funktionen nur von Beamten wahrgenommen werden können, ohne besonderen Grund abgegangen werden sollte.

Zu diesem Zweck erscheint es erforderlich und mit den Interessen der Gemeinden vereinbar, daß eine Verpflichtung der Gemeinden, alle Stellen mit obrigkeitlichen Obliegenheiten nur mit Beamten zu besetzen, in den neuen Gemeindeverfassungsgesetzen oder in einem künftigen KBG. festgelegt würde.[4] Die Kommunalverbände werden dann in der Auswahl der Personen, denen sie obrigkeitliche Aufgaben zuweisen, vorsichtig sein müssen; eine heute vielfach behauptete Willkür der Kommunalverbände bei der Stellenbesetzung erscheint dann ausgeschlossen. Andererseits gibt aber eine solche Bestimmung den Kommunalbeamten ein Mittel, die Kommunalverbände zur Erfüllung ihrer gesetzlichen Verpflichtung anzuhalten, so daß ein beiden Beteiligten erträglicher Zustand geschaffen würde.

4) Der Entwurf eines Gesetzes über die kummunale Selbstverwaltung (SVG.) enthält im 5. Teil (§§ 61—70) eine derartige Bestimmung § 61 lautet: „In den gemeindlichen Selbstverwaltungen sind folgende Obliegenheiten von Beamten wahrzunehmen . . . .“

Lebenslauf.

Am 1. 9. 1904 wurde ich in Breslau als Sohn des Landesoberinspektors Hermann Schramm geboren. Ich bin Preuße und evangelischer Konfession. Von Oktober 1910 bis Oktober 1920 besuchte ich das Gymnasium zu St. Elisabeth in Breslau, das ich mit dem Zeugnis der Reife für Obersekunda verließ. Bis November 1924 war ich in verschiedenen Groß-Handelsbetrieben meiner Heimatstadt kaufmännisch tätig. Ich bereitete mich darauf privatim auf die Reifeprüfung vor, die ich Ostern 1926 an der Bender-Oberrealschule zu Breslau ablegte. Von Sommersemester 1926 bis Sommersemester 1930 war ich bei der Friedrich-Wilhelms-Universität zu Breslau immatrikuliert und habe mich während dieser Zeit dem Studium der Rechts- und Staatswissenschaft gewidmet. Am 21. 11. 30 bestand ich in Breslau die mündliche Doktor-Prüfung vor der Rechts- und Staatwissenschaftlichen Fakultät.

Herbert Schramm.